

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Determinación de la filiación matrimonial**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Rasada Methawikul**

DIRECTOR:

**Antonio, dir Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos**

**Madrid, 2015**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO

DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL

Tesis presentada bajo la dirección  
del

DOCTOR ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

por

RASADA METHAWIKUL

Para obtener el Título de Doctorado en Derecho

(1984

## A G R A D E C I M I E N T O S

Deseo expresar mi gratitud y sincero afecto hacia el director de mi tesis (que ya anteriormente lo fue de mi tesina) el catedrático Dr. D. Antonio Hernández-Gil Alvarez-Cienfuegos, cuya paciente labor orientadora me ha resultado en todo momento de inestimable utilidad, hasta el punto de que sin él no hubiera sido posible este trabajo de investigación. Sirvan estas pocas líneas de humilde homenaje a su categoría humana y científica, de la que tan buenas pruebas he obtenido durante los últimos meses.

Igualmente deseo agradecer su colaboración a mi compatriota D. Santad Sasivaniy, Primer Secretario de la Embajada Real de Thailandia en España, que en todo momento ha puesto desinteresadamente a mi disposición su vasta experiencia en las tareas diplomáticas.

Por último, debo felicitar a mi amigo y colega José Luis Muñoz de Baena y Simón por su inestimable colaboración en los problemas de tipo lingüístico, ayudándome en cada momento a encontrar el término más adecuado dentro de la inmensa variedad que ofrece un idioma tan rico como el español. Mi más sincero agradecimiento.

Asimismo, gracias a Pilar Fernández Amigo y Gerardo Gozálbz Villa por sus correcciones y aclaraciones y por supaciente ayuda.

I N D I C E   G E N E R A L

	<u>Págs</u>
I N T R O D U C C I O N .....	2
LINEAS GENERALES DE LA REFORMA DE LA FILIACION .....	8
C A P I T U L O   I	
1. LA DETERMINACION Y PRUEBA DE LA FILIACION .....	20
1.1. LA DETERMINACION DE LA FILIACION .....	20
1.2. LA PRUEBA DE LA FILIACION .....	23
C A P I T U L O   II	
2. LA DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL .....	33
C A P I T U L O   III	
3. PRESUNCION EN GENERAL .....	38
3.1. PRESUNCION DE CONCEPCION DENTRO DEL MATRIMONIO	40
3.1.1. Derecho comparado .....	42
3.1.2. Derecho español .....	47
3.1.3. El supuesto de la mayor duración del em barazo como prueba dentro de la concep- ción .....	50
3.1.3.1. Derecho comparado .....	52
3.1.3.2. Derecho español .....	54
3.2. PRESUNCION DE LA PATERNIDAD .....	58
3.2.1. Presunción en el derecho comparado ....	68
3.2.2. Presunción de paternidad en el derecho español anterior .....	72
3.2.3. El derecho español actual .....	75



Págs

3.2.4. Hijo nacido en los 180 primeros días del matrimonio .....	78
3.2.4.1. Derecho comparado .....	78
3.2.4.2. En el derecho español anterior .....	79
3.2.4.3. El derecho español actual .....	83
3.2.5. Hijo nacido en los 300 días posterior a la disolución del matrimonio .....	92
3.2.6. Hijo nacido después de los 300 días posterior a la disolución del matrimonio ..	94
3.2.6.1. Derecho comparado .....	94
3.2.6.2. Derecho español .....	97
3.2.6.2.1. El derecho español anterior ...	97
3.2.6.2.2. El derecho español actual .....	104

C A P I T U L O IV

4. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD .....	110
4.1. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD POR EL MARIDO .....	110
4.1.1. Derecho comparado .....	110
4.1.1.1. En el caso del nacimiento del hijo antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio .....	121
4.1.1.2. La prohibición de la impugnación de la legitimidad del hijo .....	125
4.2. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD POR EL HIJO .....	128
4.2.1. Derecho comparado .....	128
4.3. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	136
4.3.1. Derecho español anterior .....	136

	<u>Págs</u>
4.3.2. Derecho español actual .....	140
4.3.2.1. Impugnación de la presunción de pa - ternidad por el marido .....	140
4.3.2.1.1. Impugnación de la paternidad, en el caso del nacimiento del hijo, ocurrido antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio .....	142
4.3.2.2. Impugnación de la presunción de pa - ternidad por el hijo .....	144
 C A P I T U L O    V	
5. INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD .....	146
5.1. DERECHO COMPARADO .....	147
5.2. DERECHO ESPAÑOL .....	150
5.2.1. El derecho español anterior .....	150
5.2.2. El derecho español actual .....	154
5.3. LAS PRUEBAS BIOLOGICAS .....	155
 C A P I T U L O    VI	
6. CONFLICTO DE PRESUNCIONES DE PATERNIDAD .....	165
6.1. EN EL CASO DE QUE LA VIUDA CONTRAIGA NUEVA NUP - CIA .....	165
6.1.1. Derecho comparado .....	171
6.1.2. Derecho español .....	177
6.1.2.1. Derecho español anterior .....	177
6.1.2.2. Derecho español actual .....	180
6.2. EL CONFLICTO DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD EN EL CASO DE LA BIGAMIA .....	182
6.2.1. Parte general .....	183
6.2.2. Derecho comparado .....	195

Págs

6.2.2.1. Prohibición de la bigamia .....	195
6.2.2.2. Bigamia en el caso de ausencia de un cónyuge .....	199
6.2.2.3. Bigamia en el derecho thailandés ...	202
6.2.2.3.1. Tratamiento histórico de la bi- gamia en el derecho thailandés.	202
6.2.2.3.2. Derecho thailandés .....	207
6.2.3. El derecho español .....	211

C A P I T U L O    V I I

7. DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL E INSEMI- NACION ARTIFICIAL .....	220
7.1. HIJO NACIDO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL .....	221
7.2. DOCTRINAS ACERCA DE LA FILIACION DEL HIJO NACI- DO POR INSEMINACION ARTIFICIAL .....	228
7.2.1. La opinión estricta sobre la consangui - nidad .....	228
7.2.2. La opinión sobre la consanguinidad por condición .....	229
7.2.3. La opinión que considera que el marido pueda ser dueño del semen de otra perso- na .....	229
7.3. LA CONSIDERACION COMPARADA DE LAS TRES DOCTRINAS	230
7.4. ALGUNOS SUPUESTOS INTERESANTES SOBRE EL HIJO NA- CIDO POR MEDIO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ..	233

C A P I T U L O    V I I I

8. LA PRESUNCION DE PATERNIDAD Y EL ADULTERIO DE LA MU- JER .....	238
8.1. PARTE GENERAL .....	238
8.1.1. El concepto de adulterio según las dis - tintas sociedades y creencias .....	238

	<u>Págs</u>
8.1.2. Diferencias entre el adulterio y la bigamia .....	243
8.1.3. Diferencias entre el adulterio y la inseminación artificial de mujer casada por hombre que no es su marido .....	244
8.2. DERECHO COMPARADO .....	246
8.2.1. Aplicación de la presunción de paternidad .....	246
8.2.2. Prueba contraria a la presunción de paternidad .....	251
8.2.3. Legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio .....	253
8.2.4. Hijo nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo .....	256
8.2.5. Adulterio cometido durante la ausencia de un cónyuge .....	259
8.2.6. El adulterio de la mujer en el derecho - thailandés .....	260
8.3. DERECHO ESPAÑOL .....	274

## C A P I T U L O IX

9. LA FILIACION MATRIMONIAL POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO .....	281
9.1. DERECHO COMPARADO .....	281
9.1.1. Reconocimiento .....	289
9.1.1.1. Reconocimiento en el derecho thailandés .....	293
9.1.1.2. Algunos supuestos sobre el reconocimiento en el derecho comparado .....	299
9.2. LA FILIACION MATRIMONIAL POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	310
9.2.1. El reconocimiento .....	316
9.2.1.1. Reconocimiento unilateral y reconocimiento bilateral .....	317

	<u>Págs</u>
9.2.1.2. Sujeto activo .....	319
9.2.1.3. Sujeto pasivo .....	321
9.2.1.4. Los requisitos del reconocimiento, desde el punto de vista del hijo re conocido .....	323
9.2.1.5. Efectos del reconocimiento .....	327
9.2.2. La resolución recaída en expediente re - gistr al .....	327
9.2.3. La sentencia firme .....	329
9.2.4. La constancia de la filiación materna en la inscripción de nacimiento practica da dentro de plazo .....	329
9.2.5. El efecto de la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio .....	332
9.2.5.1. Régimen general .....	332
9.2.5.2. El efecto sobre los descendientes del hijo fallecido .....	335
9.2.6. Impugnación .....	336
9.2.6.1. La impugnación del reconocimiento ...	338
9.2.6.1.1. Del reconocimiento por vicio en el consentimiento del reconoce - dor .....	340
9.2.6.2. La impugnación de la maternidad .....	350
C O N C L U S I O N E S .....	355
B I B L I O G R A F I A .....	361

## I N T R O D U C C I O N

## I N T R O D U C C I O N

Hemos elegido el tema "Determinación de la filiación matrimonial", examinando el nuevo derecho de familia español a la luz del Derecho Comparado como tema de la presente tesis doctoral por ser, dentro del derecho civil, uno de los que están sujetos a más variaciones, como consecuencia de la evolución de la vida social y política española; opinión que ponen de relieve tanto la reciente reforma del Código Civil español a través de la ley 11/1981 de 13 de Mayo como las nuevas y diversas formas de organización jurídica de la convivencia. La explicación a esa capacidad de variación del régimen de la filiación en el contexto del derecho civil -más propenso, en general, a la permanencia- habrá que buscarla seguramente en un deseo por parte del legislador de aproximar la construcción jurídica a la realidad natural y social, en este caso, y en la enorme dimensión ética o valorativa de los fenómenos a que se refiere. Por eso, hemos adoptado también la perspectiva del derecho comparado, poniendo constantemente en relación las soluciones dadas en el ordenamiento español a los problemas de filiación con algunas de las más significativas respuestas -por su importancia objetiva o por su contraste- que el derecho comparado ha proporcionado a los principales desafíos de nuestro tiempo en materia de derecho de familia. De este modo, el punto de vista comparativo puede servir, no sólo, como marco general de las cuestiones relativas a la filiación, sino también como instrumento para analizar y comprender esa materia y, en particular, la reciente reforma antes mencionada.

Si tuviéramos que señalar una característica general en la evolución actual del derecho de filiación, mencionaríamos precisamente la aproximación de la realidad jurídica a la realidad natural, al dato biológico. El fenómeno es perceptible en dos direcciones: En una, se toma como padre quien lo es biológicamente. No desaparecen las presunciones vigentes (sobre todo, en la filiación matrimonial), ni el papel otorgado a la voluntad expresada en el reconocimiento del hijo no matrimonial; sin embargo,

se facilita la prueba de la filiación "real", frente a los medios preconstituidos de determinación de la filiación, admitiéndose, cada vez en mayor grado, la libre investigación de la paternidad, incluyendo las pruebas biológicas, que gracias a los importantes avances científicos en esta materia presentan un altísimo grado de eficacia.

En otra, desaparecen las viejas categorías que daban lugar a "status" jurídicos diversos de los hijos por razón de su filiación: hijos legítimos, ilegítimos naturales, ilegítimos no naturales, ilegítimos naturales reconocidos, no reconocidos, legitimados, adulterinos, incestuosos,... y con la desaparición de esas categorías, desaparecen así mismo las discriminaciones debidas a la filiación. Así, en el Código Civil español las únicas dos grandes categorías de hijos que subsisten tras la reforma son la de hijos matrimoniales y no matrimoniales, y esto para no introducir ninguna diferencia importante en el tratamiento de unos y otros (como no sean las concernientes a las formas de determinación de la filiación). El derecho se acerca, pues, a la uniformidad de los hijos existente en la naturaleza. Si dentro del ámbito de la filiación matrimonial esto se observa con menos fuerza, ya que antes tampoco había discriminaciones entre los hijos matrimoniales o legítimos, también hay que tener en cuenta que el régimen de esta clase de filiación se ha modificado con motivo de integrarse en esa situación general de igualdad ante la ley de los hijos cualquiera que sea su filiación, que ha procurado la reforma de 11 de Mayo de 1981, por obra del mandato constitucional contenido en el artículo 39.2 de la Constitución española: "Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

Hemos pasado de la época en la que el derecho protegía insuficientemente a la madre y a su hijo no matrimonial, llegándose incluso a situaciones de notoria injusticia, a una época totalmente distinta, es decir, la época en la que el derecho intenta elevar la posición del hijo no matrimonial para que éste reciba



un verdadero trato de justicia, permitiéndosele recibir el tratamiento humanitario que merece. De los progresistas de esta nueva regulación nos puede dar idea el hecho de que, en la mayoría de los países, el derecho no admite todavía que el hijo no matrimonial o hijo nacido de una relación no matrimonial tenga los mismos derechos que el hijo matrimonial.

Podemos ver que, como ya hemos apuntado, actualmente el derecho permite realizar todo tipo de pruebas para demostrar la filiación, y dichas pruebas se consideran, además, de un modo más amplio que en el derecho anterior. Veamos un ejemplo: anteriormente el hijo y su madre podían demostrar fuera de la filiación matrimonial quién era el padre alegando y aportando, únicamente la prueba escrita y expresa; pero hoy día, el derecho -especialmente, el español permite al hijo y a la madre aportar cualquier tipo de prueba razonable. Incluso alguna prueba, como la inscripción del nacimiento, se considera que es un documento que no sólo aporta un principio probatorio para referir el estado entre padre e hijo, sino que constituye también un principio de título para determinar la filiación; es decir, que por sí solo puede determinarla sin necesidad de una sentencia firme. Para conservar el orden social, es necesario hacer constar la inscripción de la familia y sus miembros, lo que nos proporciona un sistema constante y seguro para saber a qué atenerse y quién respeta o infringe las instituciones que son la base de la sociedad, como la familia y el matrimonio.

Vemos pues, que sobre la prueba de la filiación el derecho admite la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, para poder incluso, impugnarlas; el derecho también necesita, aquí, ampliar las posibilidades de la prueba para poder realizar mejor el ideal de justicia a que todo sistema jurídico debe encaminarse.

Para la buena marcha de la sociedad, también resulta necesario establecer una presunción de la paternidad y unos medios para probar, aceptarla y afirmarla. Pero el establecimiento de dicha presunción de paternidad, en muchas oportunidades, podrá provocar

la existencia de un conflicto entre presunciones; como, por ejemplo, en el caso de que la viuda haya contraído nuevo matrimonio antes de transcurrir los plazos fijados para la presunción de paternidad después de la disolución del matrimonio y haya nacido el hijo en dicho período; o en el caso, que incluso prohibido por la ley puede llegar a presentarse, como veremos más adelante, de que la mujer casada haya contraído nuevas nupcias, existiendo un matrimonio anterior. En estos supuestos, se plantea el grave conflicto de que el hijo es legalmente de los dos maridos. El derecho español no establece ninguna norma para resolver este problema, al contrario que otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, permite que se resuelva por los tribunales y en este aspecto, la nueva normativa permite aportar pruebas con gran amplitud; por lo tanto, nos parece un buen sistema para encontrar una solución a estos conflictos.

La prueba para afirmar o destruir la presunción de la legitimidad del hijo, ha sufrido un importante cambio, ya que el derecho anterior, al contrario que el actual, no permitía realizarla ampliamente. En la presente regulación se permite aportar todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas y las que deriven de otras ciencias médicas.

La prueba mencionada produce un efecto satisfactorio en los diversos supuestos, en general, porque permite a los padres y al hijo alcanzar su deseo verdadero; es decir, que pueden realizar la posición de padres e hijos verdaderos, natural y legalmente.

En cuanto a la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres, la norma actual ha dado la oportunidad de que todos los hijos no matrimoniales puedan convertirse en matrimoniales mediante el matrimonio subsiguiente de sus progenitores; por el contrario, el derecho anterior permitía legitimar sólo a los hijos naturales y los demás hijos no matrimoniales no podían recibir la condición de hijo matrimonial por este procedimiento. El sistema que resulta de la última reforma, además, ha dado más oportunidades de determinar la filiación matrimonial, en el caso del matrimonio subsiguiente de los padres, que las establecidas

por el anterior. Mientras que éste, disponía un único requisito para determinarla; el reconocimiento, el derecho actual ha establecido cuatro formas jurídicas. Especialmente, y por lo que se refiere al reconocimiento, existe la posibilidad de reconocer a todo tipo del hijo no matrimonial, incluso los adulterinos e incestuosos.

Un dato importante a tener en cuenta, respecto a este supuesto, es que el progreso de la ciencia producirá en el futuro supuestos, nunca imaginados que los diversos ordenamientos jurídicos del mundo no se podrán abarcar ni, por tanto, regular; produciéndose en un corto plazo lagunas legales, especialmente en el supuesto de la inseminación artificial. Dicho supuesto produce conflictos en la relación padre-hijo, que generalmente los sistemas jurídicos no pueden resolver por no recoger en sus códigos ninguna disposición referente a este nuevo proceso científico. Por tanto, nos encontramos ante un tema de sumo interés para que los profesionales del derecho discutan y estudien ampliamente, siempre teniendo en cuenta que su opinión debe ser complementada y asesorada por las de otros especialistas en la materia, como moralistas, biólogos y médicos, sociólogos, etc. La posibilidad, aún reciente, de la fecundación "in vitro", nos proporciona una pequeña idea de hasta qué punto la visión tradicional del jurista debe ampliarse para hacer posible su adaptación a las nuevas realidades sociales, sin renunciar a la defensa de los valores que constituyen la base de todo sistema jurídico y sin los cuales las normas carecerían por completo de sentido.

LINEAS GENERALES DE LA REFORMA  
DE LA FILIACION

## LINEAS GENERALES DE LA REFORMA DE LA FILIACION

De todas las reformas emprendidas durante el decisivo año de 1981, a nuestro juicio lo más importante, aunque quizás no la más espectacular o de mayor resonancia en la opinión pública, ha sido la reforma de la filiación.

La más importante, decimos, porque es la que, en mayor medida, ha afectado y puede afectar, a la organización personal de la familia, integrando en ella (al menos desde el punto de vista de sus derechos asistenciales y sucesorios) a los hijos extramatrimoniales que antes recibían el tratamiento de ilegítimos, naturales o no naturales. También porque es la que puede tener una mayor transcendencia práctica, una mayor incidencia en la vida real de los ciudadanos.

De la configuración de la patria potestad como una función compartida por el padre y la madre, podría decirse que era algo que ya estaba, de hecho, entronizado, siquiera normalmente, en la práctica social y que la ley no ha hecho sino recogerlo y regularlo.

La misma realidad social podía, al margen o dentro del derecho, buscar mecanismos o comportamientos sustitutivos del divorcio; quizás eso explique el poco uso que inicialmente se está haciendo de este procedimiento disolutorio del matrimonio. Respecto del régimen económico del matrimonio, el mismo Código civil permitía la modificación del régimen legal de gananciales y su sustitución por cualquier otro, o el olvido del régimen dotal, pactando, antes o después del matrimonio, las oportunas capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, el régimen de la filiación extramatrimonial debía modificarse por ley; en caso contrario, jamás podrían producirse los efectos que reclamaba una sociedad avanzada y madura.

Así mismo, señalamos ésta como la reforma más importante porque era la que respondía a una exigencia constitucional más fundada.

Con anterioridad a todas estas reformas era todavía posible considerar a la mujer discriminada en el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, o en el aún más supletorio régimen dotal; como podía considerársela discriminada por una participación ciertamente subsidiaria en el ejercicio de la patria potestad. Pero estas discriminaciones, sobre todo después de la reforma de 2 de Mayo de 1975, no podrán compararse con la discriminación de que eran objeto los hijos ilegítimos naturales y, mucho más, los ilegítimos no naturales.

Otro tanto podemos decir del divorcio, tímidamente contemplado en el art. 32 del texto constitucional -bajo el aspecto de la disolución del matrimonio- como uno de los extremos del régimen matrimonial que debería regularse por ley, pero no tanto como un derecho fundamental de los ciudadanos o como un principio rector de la política social, tal y como si aparece enunciada la igualdad de los hijos ante la ley, cualquiera que sea su filiación.

Vamos a ocuparnos, pues, de la reforma de la filiación, y ya que acabamos de hablar de ella como una exigencia constitucional, comencemos por ver la forma en que la Constitución recoge el principio de igualdad de todas las suertes de filiación.

En primer lugar, este principio aparece ya apuntado en el fundamental art. 14 de la Constitución, que sirve de pórtico al capítulo segundo sobre los "derechos y libertades", dentro del título I que trata "de los derechos y deberes fundamentales":

"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

La no discriminación de nadie por razón de nacimiento o por cualquier condición o circunstancia personal o familiar, debe comprender, como se deduce sin esfuerzo de las mismas palabras empleadas, la no discriminación por causa de la filiación.

Pero, en segundo lugar, y mucho más específicamente, el capí-

tulo 3º, que se ocupa "de los principios rectores de la política social y económica" contiene un primer artículo, el 39, que en su párrafo segundo afirma:

"Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

A mayor abundamiento, el párrafo 3º del mismo art. afirma:

"Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

Pero a fin de cuentas, donde concretamente se menciona la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, el deber de asistencia de todo orden de los padres para con los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, y el reconocimiento de la investigación de la paternidad, es en el art. 39 de la Constitución, precepto que se halla en el capítulo 3º del Título I, y que trata "de los principios rectores de la política social y económica". Estos principios, conforme al párrafo 3º del art. 53, sólo podrán ser reconocidas ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; en este caso por la ley de 13 de Mayo de 1981 que, de acuerdo con el comienzo del precepto leído, deberá entenderse informada por el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el art. 39, como sin duda lo ha sido. La eficacia del precepto constitucional sería entonces mediata, pues necesitaría del ulterior desarrollo legislativo para plasmarse en la práctica jurídica.

En cualquier caso, la promulgación de la ley de 13 de Mayo de 1981, donde se contiene la reforma de la filiación, no agota el sentido de futuro de los arts. 14, 39 y 53 de la Constitución tomados conjunta y globalmente:

De un lado, porque todavía quedan por hacer modificaciones legislativas que recojan el principio de igualdad de los hijos por razón de su filiación -piénsese, por ejemplo, en la reforma pendiente de la ley y el Reglamento del Registro Civil, esencial

a estos efectos-, y porque el art. 53 de la Constitución no compromete sólo la reforma legislativa, sino que obliga; la protección del principio en cuestión informa también la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, lo que representa una tarea cotidiana e inagotable.

De tener que enunciar un único principio como inspirador de toda la reforma legislativa de la filiación, propondríamos el siguiente: la aproximación del concepto jurídico de filiación a la filiación como realidad física o biológica. En otras palabras, la aproximación del mundo del derecho -con sus múltiples categorías para designar las más elementales realidades sociales, con sus sutiles distinciones de supuestos y consecuencias- al mundo de la naturaleza. De aquí, las tres grandes líneas que pueden aislarse en la Ley de 13 de Mayo de 1981: 1º) La equiparación entre todos los hijos por naturaleza, o por adquisición plena de tal categoría. 2º) La desaparición de las viejas categorías jurídicas que designaban distintos "status" de hijos. 3º) El reconocimiento, en los términos más amplios, de la investigación de la paternidad o maternidad, incluyendo la admisión de las pruebas biológicas.

Consideramos cada una de estas orientaciones por separado.

A.- La desaparición de las categorías jurídicas que designaban distintos "status" de hijos en función de la filiación.

Esta primera directriz general de la reforma constituye, pues, un intento de simplificación del lenguaje jurídico utilizado para designar las distintas especies de filiación. Se aminora así la artificiosidad del lenguaje del derecho y se trata de adecuar su léxico a la elementalidad del lenguaje natural y a la prioridad de los hechos. Como categorías jurídicas correspondientes a clases distintas de filiación sólo se distingue, con carácter general, entre filiación por naturaleza y filiación por adopción. Dentro de la filiación por naturaleza, la filiación puede ser, o bien matrimonial, o bien no matrimonial.

El art. 108 -modificado- del Cc. lo expone con sumo rigor



esquemático:

"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial -añade de forma quizás innecesaria- cuando el padre y la madre están casados entre sí:

Decimos que añade de forma innecesaria, y seguramente perturbadora, la definición de filiación matrimonial, porque decir que se da esta especie de filiación cuando el padre y la madre están casados entre sí, es peor que no decir nada, si no se concreta cuándo deben estar casados los padres entre sí para que la filiación sea matrimonial: ¿Cuándo es concebido el hijo?, ¿Cuándo nace el hijo?. ¿Cuándo la filiación queda legalmente determinada; en ninguno de estos momentos, o en uno u otro según qué casos?. Al ocuparnos de la filiación matrimonial en el guión siguiente, trataremos de aclararlo.

El caso es que donde antes había un rosario considerablemente extenso de categorías de filiación por naturaleza; hoy sólo existen dos categorías, expresadas en un lenguaje mucho más inteligible: hijos habidos en el matrimonio e hijos habidos fuera del matrimonio.

B.- La equiparación entre quienes son hijos por naturaleza, cualquiera que sea su filiación, o por adquisición plena. Conforme al párrafo segundo del art. 108 del Cc.:

"La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

Es, en realidad, un reflejo del art. 39 de la Constitución cuando dispone que los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación. Por razones obvias se excluye de la fórmula constitucional de absoluta igualdad de filiación adoptiva simple, cuya razón de ser estriba precisamente en una atenuación de los efectos de la adopción plena, y que en nuestro ordenamiento jurídico cumple más bien la función de los pactos sucesorios.

Sin embargo, la equiparación completa entre la filiación

matrimonial, la no matrimonial, y la adoptiva plena, tal y como se enuncia en el art. 108 del Cc., necesita de alguna matización, que es posiblemente lo que inspira el grave final de ese artículo, que tras proclamar la identidad de efectos de todas las especies de filiación añade, "...conforme a las disposiciones de este Código". Expresión ésta que corre el riesgo de convertirse en cláusula de estilo (conforme a lo dispuesto en esta ley, recogido en los artículos siguientes) cuando se quiere suavizar el rigor de una afirmación tal vez demasiado general.

Por otra parte, si bien hay plena identidad de efectos entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, no hay una absoluta identidad de tratamiento. El capítulo II (de la determinación y prueba de la filiación) del Título V del Libro I del Cc. tiene ahora tres secciones: 1ª) De disposiciones generales. 2ª) Sobre la determinación de la filiación matrimonial, y una 3ª) que regula la determinación de la filiación no matrimonial. La determinación de la filiación matrimonial y de la filiación no matrimonial no es coincidente. El matrimonio facilita la determinación de la filiación mediante el correspondiente juego de presunciones, que luego veremos. Esto, si bien no produce una desigualdad directa entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, porque los efectos de una y otra son iguales -los mismos, como dice el art. 108- sí que los sitúa en posiciones distintas cuando de lo que se trata es de reclamar o impugnar una filiación matrimonial o extramatrimonial. Es, por cierto, ésta la única razón que motiva el que se hable de filiación matrimonial y extramatrimonial. La distinción, que a algunos ha parecido excesiva y discriminatoria, creemos que está justificada en la atención a una realidad social donde es razonable que el matrimonio (en circunstancias normales, conviviendo los cónyuges y consintiendo la integración familiar de los hijos) sirva todavía, cuando menos, como factor de certidumbre respecto de la filiación de los hijos que durante él se tengan.

Finalmente, y por cuanto afecta a la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, hay que consignar la desapari-

ción en el Senado -confirmado en última instancia en el Congreso- del art. 160 del proyecto de Ley Modificación del C.c. (aprobado por el Congreso de los Diputados) con lo que este precepto ha quedado definitivamente en blanco, sin contenido en el articulado del Código civil, El art. 160 (aprobado por el Congreso previamente, antes de pasar al Senado), proponía que el hijo extramatrimonial del casado pudiera integrarse en el hogar conyugal del progenitor con el consentimiento de la mujer y de los hijos mayores de 14 años.

¿Cuál es ahora la situación del hijo extramatrimonial respecto a la familia del progenitor casado?.

El art. 110 del C.c. -reforzado innecesariamente por el párrafo final del art. 111- es tajante:

"El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". Se refiere este precepto a toda clase de hijos; por tanto, ese deber asistencial de velar por los hijos y prestarles alimentos es común para todos. Si comparamos el contenido de este precepto con las obligaciones personales que el art. 154 establece como inherentes a la patria potestad, comprobaremos que en este caso, en el de la patria potestad, se añaden a la obligación de alimentos y de velar por los hijos, dos más: procurarles una formación integral y tenerlos (el progenitor) en su compañía.

No ostentándose por el progenitor la patria potestad, por ejemplo, porque la filiación haya sido judicialmente determinada con su oposición -según lo dispuesto por el art. 111-, el Código no contempla expresamente el deber del padre de tener el hijo en su compañía. Ahora bien, cabe preguntarse si el deber de velar por los hijos no puede implicar, en ciertas circunstancias (1), el deber de tenerlos a su lado. Es muy posible que sí.

Cuando el deber de tener al hijo en su compañía sí corresponde expresamente al progenitor, es en el caso -normal- de que os-

---

(1) Por ejemplo en caso de que el otro progenitor se inhiba.

tente la patria potestad, compartida o no con el otro. Si los padres, como sucederá de ordinario, viven separados, puede que uno tenga su propio hogar conyugal, el deber de tener al hijo consigo sólo lo soportará efectivamente uno de ellos. Según el art. 156, como regla general, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, con lo que respecto de este problema se hace supuesto de la cuestión (tendrá el deber de tener al hijo consigo aquel que conviva con el hijo). El precepto no nos aporta un criterio eficaz.

C.- El tercero de los rasgos generales de la reforma de la filiación, introducidas por la Ley de 13 de Mayo de 1981 que nos interesaba destacar era la admisión de la investigación de la paternidad. Se trata, como ya vimos, de una exigencia constitucional. El art. 39 de la Constitución, en su párrafo 2, acaba diciendo: "...La ley posibilitará la investigación de la paternidad". Pues bien, la ley ya posibilita la investigación de la paternidad. El actual art. 127 del Código civil dice:

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

Nosotros caracterizaríamos esta admisión de la investigación de la paternidad en el art. 127 del Código con dos notas: la amplitud y la flexibilidad.

Veamos la primera: la amplitud.

Hay amplitud en la admisión de la investigación de la paternidad, en primer lugar porque:

a) La investigación de la paternidad no se circunscribe a lo que podría entenderse por "paternidad" en sentido estricto; esto es, la investigación dirigida a la determinación de la filiación paterna. Quizás esta restricción, además de discriminatoria, fuese absurda, porque de ordinario es más fácil de establecer, incluso por pruebas de carácter médico, la filiación materna que

la paterna. Pero el hecho es que, por si acaso, el art. 127 del Código expresamente (cosa que no se hacía en la Constitución, seguramente por innecesario) refiere la investigación a la filiación paterna y a la materna.

b) En segundo lugar la Constitución decía simplemente que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Es cierto que, en ciertos casos y limitadamente, ya se admitía antes la investigación de la paternidad (2). Lo cierto es que lo que quería señalar la Constitución era la generalización de la investigación de la paternidad a todos los supuestos de determinación de la filiación y la comprensión, dentro de los medios de investigación de la paternidad, de las pruebas biológicas, pues era respecto de ellas donde se producía el mayor desfase de nuestro ordenamiento jurídico tanto en relación a las posibilidades que hoy ofrecen las ciencias médicas y biológicas como en relación a preceptos análogos de derechos extranjeros. Pues bien, hoy el art. 127 del Código responde al espíritu de lo prevenido en el 39 de la Constitución de forma generosamente amplia y explícita: se admite la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. La admisión de las pruebas biológicas se reconoce expresamente, pero esa admisión hay que interpretarla en el marco de otra más general: se admite la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas.

c) En tercer lugar, la admisión de la investigación de la paternidad no se restringe a la determinación de la filiación

---

(2) Así decía el antiguo art. 116 que a falta de actas de nacimiento en el registro, o documento auténtico o sentencia firme en los casos a que se refieren los arts. 110 al 113, y en defecto de posesión continuada de estado por el hijo, la filiación legítima (sólo la filiación legítima) podría probarse por cualquier medio de prueba. A pesar de la generalidad de la expresión, el T.S. siempre rechazó que las pruebas biológicas pudieran estar comprendidas entre los medios de prueba.

extramatrimonial, que es quizás en el ámbito en que más se echaba en falta, sino que se extiende a cualquier clase de filiación; igualmente, pues, a la filiación matrimonial. No lo dice expresamente el art. 127 del Código. Pero no hacía falta, pues los términos son lo suficientemente genéricos y omnicomprensivos. Por otra parte, el artículo 127 encabeza la sección 1ª en que se contienen las "disposiciones generales" del capítulo III sobre "las acciones de filiación". El precepto, por su emplazamiento sistemático, ha de entenderse referido tanto a la filiación extramatrimonial como a la matrimonial. Esto, no obstante, no quiere decir que la investigación de la paternidad cumpla exactamente el mismo papel respecto de una y otra filiación. No, porque no son idénticos los medios de determinar la filiación matrimonial y la extramatrimonial. En la determinación de la primera, la inscripción del nacimiento en el Registro y el hecho de que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución, o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, hacen que la investigación de la paternidad haya de tener un papel más secundario o subsidiario, y que, cuando proceda, vaya normalmente dirigida, no tanto a afirmar una determinada filiación como a contradecir la filiación establecida por el juego de la anterior presunción. Por el contrario, en la determinación de la filiación extramatrimonial, el papel de la investigación de la paternidad será de ordinario más relevante, estando en mayor medida declinada a la afirmación de una cierta filiación.

Decíamos que la segunda nota a destacar en el art. 127 actual del Código civil es la flexibilidad con que se admite la investigación de la paternidad. O, dicho de otra forma, la importancia que cobra en este tema el arbitrio judicial; tendencia, por otra parte, común a toda la reforma que comentamos, y aún diríamos más: común a todas las reformas que desde 1974 hasta ahora ha sufrido el Código civil.

Hay amplitud de arbitrio judicial, en primer lugar, porque se dice que se admiten las pruebas biológicas, pero no se dice cuales se pueden admitir y con que valor cada una de ellas. El

tema es lo suficientemente complejo, (acaso por eso no puede resolverse por vía legislativa), como para que los jueces, en aplicación del art. 127 tengan que ir discerniendo, matizando, y estableciendo unos criterios de actuación y decisión que serán los que realmente den sentido y doten de contenido a lo que en abstracto dice hoy el art. 127 del Código civil.

Es cierto que la fiabilidad de estas pruebas, hoy, no es del cien por cien. Y es cierto también que son más seguras para descartar una filiación que para afirmarla. Pero esto no debe ser un obstáculo para su apreciación. También aquí el grado de incidencia del arbitrio judicial es muy importante y ha de servir para afianzar la necesaria certeza del derecho y para la consecución de un ideal de justicia que hoy con esta reforma (y en este terreno) cuenta con mayores medios para ser alcanzado. ¿Se ha pensado, además, en el grado de fiabilidad estadística de otras pruebas comúnmente aceptadas?. Por ejemplo, un peritaje caligráfico para determinar la autoría de una firma o de un manuscrito; un dictamen médico para apreciar una capacidad; la declaración de un testigo para confirmar la realización de un hecho... Seguramente es mayor la exactitud de estas pruebas biológicas que, además, no tienen por qué actuar aisladamente, sino al lado de otros medios de prueba, puesto que todos se admiten y puesto que es preciso acompañar la demanda de un principio de prueba distinto, que indique, por lo menos la verosimilitud de la paternidad que se pretende determinar o la inverosimilitud de la que se quiere impugnar.

## C A P I T U L O   I

### LA DETERMINACION Y PRUEBA DE LA FILIACION



## 1. LA DETERMINACION Y PRUEBA DE LA FILIACION

### 1.1. LA DETERMINACION DE LA FILIACION

Es posible que la realidad biológica de la filiación de una persona no pueda ser conocida o demostrada (especialmente, la atribución de la paternidad) y en este caso, sólo el conocimiento de la paternidad, de la maternidad y de su relación puede fundamentar con plena certeza la calificación jurídica de la filiación.

Ante esta escasez de medios respecto del fin, el ordenamiento jurídico arbitra diversas fórmulas de aproximación a la realidad y, en función de ellas, adopta diversos criterios para calificar la filiación; a estas fórmulas de aproximación a la realidad biológica -y a los consecuentes criterios de calificación- es a lo que denominamos "determinación" de la filiación y su clase.

Podemos afirmar, por tanto, que la determinación tiene un doble sentido: es a la vez la declaración de que un hecho biológico existe ante el derecho y la calificación jurídica de dicho hecho. Su realización presenta las siguientes modalidades:

a) Legal, cuando es la ley la que expresamente contempla el reconocimiento. Así, la filiación matrimonial se determina por la ley basándose en la existencia de una inscripción del nacimiento del hijo, del matrimonio de la madre y de la presunción de paternidad del marido (arts. 113; 115.1 y 116). La filiación no matrimonial materna se determina legalmente mediante la inscripción practicada en el momento del nacimiento, si coinciden la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (arts. 120.4, Cc. y 47 LRc).

b) Judicial o administrativa. Consiste en la determinación mediante sentencia firme recaída en pleito civil, conseguida mediante el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación (arts. 115.2 y 120.3); o recaída en proceso penal seguido contra

quien cometió un delito sexual y al cual se le declara en el fallo padre del fruto de su unión carnal con la víctima (C. penal, art. 444.2) (1); y mediante la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil (art. 120.2).

c) Negocial. Presenta la forma de una declaración de voluntad, como el reconocimiento del hijo expresa o tácitamente. Establece el C.c. español al respecto que el reconocimiento del marido determina la filiación matrimonial del hijo nacido de su mujer dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio y aún del nacido antes de su matrimonio, en el caso de que exista el subsiguiente matrimonio de los padres (arts. 117, 119 y 120.1). Asimismo, el reconocimiento del progenitor determina la filiación no matrimonial del hijo reconocido (arts. 120.1 y 121) (2).

La fuerza de la determinación legal de la filiación para una persona, (es decir, su eficacia legal) no sólo le alcanza a ella misma, sino que se extiende a todos los que estén ligados con ella por vínculos familiares o de parentesco.

Esta fuerza y eficacia de la determinación legal de la filiación tiene un gran alcance jurídico; así, podemos ver que alcanza a los campos.-civiles y no civiles- más dispares, como a la cuestión de los apellidos, que serán en principio los de los padres; a la patria potestad; a la cuestión de los alimentos que se deben entre sí los parientes; al matrimonio, etc...

La filiación producirá sus efectos desde que tuvo lugar, es decir, que se es hijo de los propios padres desde el momento del nacimiento, según el artículo 112:

"La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar.

---

(1) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 243.

(2) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Elementos de Derecho Civil, IV, Librería Bosch, Barcelona, 1982, PP. 606-607.

Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario.

En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal antes de que la filiación hubiere sido determinada".

Normalmente la filiación de una persona produce efecto desde su nacimiento y también su determinación se retrotrae al mismo. Pero si examinamos el caso de la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 119, los hijos en esta circunstancia son matrimoniales desde la fecha del matrimonio y su determinación legal se retrotrae sólo hasta la citada fecha, como veremos más adelante.

Establece el Código Civil que mientras no se destruya el efecto de una filiación, no cabe legalmente otra que la contradiga; así lo afirma el artículo 113 ap. 2 que: "No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria".

Es decir, que no será eficaz la determinación de una filiación si ya existe otra que la contradiga. Si no apareciere ninguna filiación ante el derecho, cabrá la posibilidad de determinar una por cualquiera de los procedimientos que la Ley admite.

El derecho ha establecido este artículo para evitar que existan dos filiaciones formalmente vigentes, obligándose a impugnar o hacer desaparecer la primera filiación cuando se pretenda acreditar legalmente otra, como vemos en el artículo 134 ap.1 siguiente:

"El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria".

Conforme a este artículo, a la hora de reclamar una filiación, si ya existiese otra filiación contradictoria, es necesario ejercitar también la acción de impugnación de esa filiación para destruir sus efectos, produciéndolos en adelante la filiación

reclamada. Se establece, además, que cuando se tenga legitimación para reclamar, se tendrá también, "ope legis", para impugnar la filiación contradictoria, aunque el reclamante no pudiera pretender tal impugnación si ésta hubiera de tramitarse judicialmente por sí sola.

Pero si una filiación lo es en virtud de sentencia, nadie puede reclamar la filiación que la contradiga, como se establece en el artículo 134.2: "No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia".

## 1.2. LA PRUEBA DE LA FILIACION

La determinación legal de la filiación, sea del tipo que sea se puede acreditar de muy distintas maneras, por ejemplo: con la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme o por reconocimiento, etc.

Sobre la prueba y acreditación de la filiación, se establece en el artículo 113 ap.1 del Código Civil después de la última reforma lo siguiente:

"La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial, y a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil...".

Esta norma, precisamente, se relaciona con otros dos preceptos: los artículos 115 y 120, en los que se establece cómo se determina la filiación matrimonial y no matrimonial, respectivamente.

Conforme a este artículo, la filiación se puede acreditar por muy diversas pruebas como pueden ser las siguientes:

(1) La inscripción en el Registro Civil. Este elemento es muy importante, se demuestra el estado civil de las personas;

ahora no sólo es la prueba para acreditar la filiación, sino es la única prueba que pueda referirse para la determinación de la filiación matrimonial (art. 115.1) como veremos en la parte siguiente sobre el valor de la inscripción en el Registro Civil.

(2) El documento o sentencia que la determine legalmente. Hay que distinguir, por lo que se refiere a esta prueba, entre la filiación matrimonial y no matrimonial:

a) En cuanto a la filiación matrimonial, el Código dice que en defecto de la inscripción en el Registro Civil, y conforme al artículo 115.2, necesita determinarse la filiación por sentencia firme.

b) Respecto a la filiación no matrimonial, si no existe la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, necesita acreditarse por el documento o sentencia en que la filiación se determine. Pueden ser estos documentos, el testamento y otro documento público que dan vida al reconocimiento formal (art. 120.1), y también la resolución recaída en expediente según la legislación registral (art. 120.2); y en cuanto a la sentencia, se requiere una sentencia firme que declare o imponga una paternidad (o maternidad) en proceso civil o penal.

(3) La presunción de la paternidad matrimonial. No es en rigor ni título de atribución, ni título de legitimación, sino un modo de facilitar el acceso a uno y a otro. Rivero Hernández (3) dice que "parece inoportuna la cita que el propio artículo 113.1 hace separadamente de la "presunción de paternidad matrimonial" como forma autónoma de determinación de la filiación y al mismo nivel que las pruebas de la inscripción en el Registro, una sentencia o la posesión de estado.

---

(3) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús, y Rivero Hernández, Francisco; "El nuevo régimen de la Familia", II Filiación Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1ª edición, 1981, PP. 83-84.

La presunción de la paternidad como medio autónomo de demostrar la filiación es desacertada, pues esta presunción no es más que otra pieza para determinar (como reconoce el artículo 115.1) la filiación matrimonial completa.

(4) La posesión de estado. También se puede acreditar la filiación por la posesión de estado, cuando no existan la inscripción en el Registro Civil, el documento o sentencia que la determina legalmente y la presunción de la paternidad como se establece en el artículo 113.1 que dice "..., a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado...".

Esta posesión de estado produce su eficacia de título sólo en defecto de los anteriores, por lo que podemos ver su carácter subsidiario, aunque autónomo.

Gran parte de los autores admiten, de acuerdo con la doctrina tradicional, que la posesión de estado es producto de tres elementos diferenciados: el "nomen", el "tractatus" y la "fama" o "reputatio": el "nomen" consiste en llevar de hecho una persona el nombre y los apellidos de otra, lo que supone una muy clara indicación de una relación paternofilial; el "tractatus", consiste en la coincidencia entre el trato que el derecho considera habitual entre padres e hijos y el que existe mutuamente entre dos personas; la "fama" o "reputatio", es la opinión pública en general.

En la antigua legislación del Código, la posesión de estado del hijo debía deducirse de los hechos directos del padre o de la familia del padre. El padre, pues, tenía que tratar al hijo como cuyo. Los hechos de los que deriva el "tractatus" pueden consistir tanto en manifestaciones personales como en el cumplimiento de los deberes paternos, como los relativos al mantenimiento o educación. Sobre ellos se ha dicho que han de ser "actos de ejercicio de los derechos y prerrogativas de orden afectivo, ético-jurídico y social inherentes a la filiación" (4).

---

(4) Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, Editorial Tecnos, 1982, P. 323.

La posesión de estado en este artículo es diferente de la que exista o falte en el ejercicio de reclamación o impugnación de la filiación (arts. 132.1, 133.1, 135, 137.3, 140.1 y 2), porque esta última posesión de estado actúa con el efecto de permitir o no ciertos ataques a la filiación legalmente determinada, pero la primera posesión de estado pretende acreditar o demostrar la filiación que legalmente resulte porque ya se determinó en debida forma, pero en el caso de que no exista otra prueba -ni registral ni documental- ni tampoco una declaración judicial. (5).

Se nos plantea una duda tras la lectura del artículo 113. ¿Es posible acreditar la filiación de otra manera?. En principio, la contestación es que no. Pero es preciso que consideremos el problema a la luz del artículo 327 del Código civil, no afectado por la reforma del 1981. ("Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda"). No puede dudarse de la vigencia de dicho artículo, cuya compatibilidad con el artículo 113.1 puede estar en el hecho de considerar como título de estado los medios de acreditar la filiación, y relegar a la categoría de simples medios probatorios los que el artículo 327 Cc. admite como supletorios de las actas del Registro en casos de inexistencia o desaparición de los libros del Registro o de contienda ante los Tribunales. (6).

"Prueba de la filiación es el medio propuesto y practicado en el proceso para acreditarla y producir su determinación judicial y la creación o rectificación de un título de estado.

---

(5) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, Obra citada, P. 270.

(6) Rivero Hernández, Francisco, La Filiación, Obra citada, PP. 85-86.

Su admisión está, por ello, condicionada a que el proceso en que se proponga se dirija también a la creación del título inexistente o a la rectificación del inexacto". (7).

La prueba de la filiación reviste una gran importancia para cualquier persona, pues si el padre muere sin haber testado será preciso demostrar la filiación para que se produzcan los efectos legales (así, para pedir la herencia, para reclamar un seguro de vida hecho por el tomador a favor de sus hijos, etc.).

El Código anterior establecía en el derogado artículo 115 que: la filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, o por documento auténtico o sentencia firme; según las diferentes situaciones enumeradas en los artículos 110 a 113, que nos habla de los hijos legítimos.

También en el derogado artículo 116 se hacía referencia a la "posesión constante del estado de hijo legítimo" y en el derogado artículo 117, se decía que en defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente.

Sobre la prueba de la filiación del hijo legítimo, el derecho filipino establece normas similares a las del derecho español anterior, como las siguientes:

Artículo 265: La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, o por documento auténtico o sentencia firme.

Artículo 266: A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

---

(7) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1982, Obra citada, P. 608.



Artículo 267: En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio concedido por la autoridad del Juez y las normas especiales.

La filiación es un estado civil, que debe inscribirse en el Registro Civil; ya que a este se le presume exacto; es conveniente que la Ley conmine a que se haga este registro, ya que será la prueba de la filiación legalmente determinada.

La reforma del Código, no ha querido olvidarse del tema de cómo se debe probar la filiación, aunque no establece una doctrina sobre el orden y prelación de los medios probatorios, y para ello deja dos cosas claras: una, relativa a la rectificación de asientos registrales sobre filiación, otra, que presupone que el medio demostrativo primero y preferente es la inscripción registral, y remite a la Ley de Registro Civil para la admisión de pruebas distintas. También enumera otras formas de demostrar la filiación legalmente determinada, aunque sin jerarquizarlas.

De acuerdo con la primera cuestión el artículo 114 del Código reformado dice: "Los asientos de filiación podrán ser rectificados conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación.

Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados".

Es decir, que simplemente hace una rectificación relativa de los asientos registrales sobre filiación. Respecto a la 2ª cuestión el artículo 113.1, dice que el medio demostrativo primero y preferente es la inscripción registral.

También en el artículo 2 de la L.R.C. se dice que: "El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba,

pero, en el primer supuesto, será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento".

Y el artículo 3 de la misma Ley dice que:

"No podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente".

El valor de la inscripción en el Registro Civil, la encontramos en el artículo 327 del Código Civil, cuando nos dice que "Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda".

Pero este valor probatorio del acta de nacimiento está pendiente siempre de que se promueva contienda judicial, como se desprende de este artículo. El valor normal de las actas del Registro Civil se deduce que, mientras no se suscite discusión judicial, estas actas serán la prueba completa de la filiación sin necesidad de entrar a examinar cada uno de los supuestos de la misma. La ley otorga una especial fuerza probatoria a la inscripción del nacimiento, como preferente título de la determinación de la filiación en el sistema legal. (Artículo 113.1). La filiación resulta de diversos presupuestos, como hemos visto, y la inscripción del nacimiento acredita solamente el nacimiento, y su fecha y hora, y la maternidad (artículo 41 y 47 L.R.C.); pero sin embargo, de la Ley no se deduce que se acredite la filiación de forma plena de no venir acompañada de otros elementos.

Es tal la importancia de la fuerza probatoria de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que la Ley le otorga la misma las mayores garantías; y se impone a ciertas personas la obligación de promover la inscripción del nacimiento (padre, madre, parientes, etc., artículo 43 L.R.C.) y asimismo a los profesionales que asistan al nacimiento la de dar parte por escrito del mismo al Encargado del registro (art. 44 L.R.C.).

Sin embargo, hay que distinguir ya entre la filiación ma-

rimonial y la no matrimonial.

En la filiación matrimonial, la inscripción de nacimiento, para cambiar el título de estado de tal filiación ha de integrarse con una presunción de paternidad vigente (art. 116); o la restablecida por el consentimiento de ambos cónyuges (art. 118).

El artículo 115 dice que:

"La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres...".

Por eso, la inscripción del nacimiento del hijo es muy importante para la determinación legal de la filiación matrimonial.

En cuanto a la no matrimonial, la maternidad se rige por el artículo 120.4, lo siguiente:

"La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:...

4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil".

En cambio, para documentar la paternidad es preciso que el presunto padre acceda al Registro por los procedimientos que la legislación prevé, una vez que el hecho de la paternidad ha sido determinado en forma legal (art. 120).

Podemos ver que ahora la inscripción del nacimiento es más importante que antes, porque el derecho anterior no recogía una disposición como la establecida en el artículo 115.1; antes la inscripción del nacimiento sólo servía para probar la filiación de los hijos legítimos lo mismo que los otros elementos; pero no califica directa y fehacientemente la legitimidad: la plena prueba de la legitimidad (el título de estado, la prueba privilegiada) sólo derivaba de la integración de los asientos de naci-

miento del hijo y de matrimonio de los padres. (8).

Pero ahora es la única que puede referirse para la determinación legal de la filiación matrimonial de una manera expresa, pues exige la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.

---

(8) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Derecho de Familia" II, Librería Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1975, P. 33.

## **C A P I T U L O    I I**

### **LA DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL**

## 2. LA DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL

Sobre la determinación legal de la filiación matrimonial el Código Civil español en su artículo 115 establece los siguientes: "La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

"1. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.

"2. Por sentencia firme".

Según esto, normalmente, si la pareja está casada y tiene un hijo, éste se considera matrimonial, pero si los padres no hacen constar la inscripción del matrimonio junto con la inscripción del nacimiento o no hay sentencia en firme declarando que es su hijo, éste no se estima matrimonial porque no existe la posición legal de hijo matrimonial conforme al artículo 115. Por tanto, para determinar la filiación matrimonial, se necesita cumplir alguno de estos dos requisitos:

a. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres; el derecho anterior valía con el acta de nacimiento extendida en el Registro para probar sólo la filiación de los hijos legítimos (1), no para probar la determinación de la filiación matrimonial como se establece en el derecho actual. Según esto, el derecho anterior no decía nada sobre la necesidad de que constara la inscripción del matrimonio de los padres junto con la inscripción del nacimiento del hijo, aunque sí se establecía en L.R.C. artículo 48 que: "La filiación paterna constará en la inscripción de nacimiento o a su margen por referencia a la inscripción del matrimonio.

---

(1) El derogado artículo 115: "La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro Civil, o por documento auténtico o sentencia firme; en los casos a que se refieren los artículos 110-113 del capítulo anterior".

La consecuencia es que se confiere a la inscripción del matrimonio de los padres una cierta eficacia constitutiva respecto de la filiación matrimonial de los hijos que parece ir más lejos de lo establecido en el artículo 61 del Código Civil al afirmar que:

"El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas".

b. Por sentencia firme; la filiación matrimonial queda determinada tanto si consta registralmente que una persona es hijo de padre y madre casados entre sí (cuyo matrimonio debe constar, asimismo, en el registro civil), como si una sentencia firme declara que cierta persona es hija de un varón y de una mujer casados entre sí. (2).

La sentencia firme que determine legalmente la filiación matrimonial puede ser penal o civil. En el primer caso, recaerá en causa criminal seguida contra quien cometió un delito sexual y en el fallo se le declara padre de la prole procedente de su unión carnal con la víctima (C. penal, art. 444.2 (3); en este caso, después de la declaración judicial, los padres se casaron entre sí).

En cuanto a la sentencia civil, es la consecuencia de la acción de reclamación de filiación matrimonial.

Por eso, en orden a la determinación legal de la filiación matrimonial, conforme al artículo 115, sólo existen dos modos: la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres y la sentencia firme. En cuanto la inscripción, no estamos

---

(2) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 224.

(3) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 243.

de acuerdo con que el Código haya dispuesto que la inscripción es un modo de la determinación de la filiación matrimonial, porque esto no es absoluto. Los asientos de filiación pueden ser rectificadas, como se establece en el artículo 114:

"los asientos de filiación podrán ser rectificadas conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación.

Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados".

Por el contrario, la sentencia firme es un título absolutamente definitivo e inmovible; no se puede rectificarla, como podemos ver en el artículo 1252 Cc. "en las cuestiones relativas al estado civil de las personas... la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado". De acuerdo con este artículo, si hay una sentencia que determine una filiación, dicha sentencia es absoluta, nadie puede rectificarla; podemos verlo expresamente en la imposibilidad de que nadie pueda reclamar una filiación que contradiga la ya determinada por dicha sentencia. Esto, que sería así en virtud del artículo mencionado, se repite en particular para la acción de reclamación. Dice el artículo 134.2: "No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia".

Conforme a este artículo, si existe una declaración judicial demostrando una filiación, nadie puede reclamar la filiación que vaya contra la demostrada de la sentencia (por ejemplo, el hijo fue declarado hijo matrimonial de una persona; nadie puede ejercitar la acción de reclamación para que se declare que es hijo de otra persona. O en el caso contrario, si fue declarado que no era hijo de cierta persona, tampoco puede ejercitar la acción para que se declare que es hijo de esta persona).

La imposibilidad de reclamar una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia sólo se establece en el artículo 134.2, pero ningún artículo establece la imposibilidad



de "impugnar" una filiación declarada de esta manera.

Sin embargo, la doctrina cree que tampoco puede hacerse, pues conforme al artículo 1252, lo declarado en la sentencia al concernir al estado civil de la persona tiene el carácter de cosa juzgada frente a todos (no sólo frente a los que litigaron en el pleito en que se determinó la filiación). Por ejemplo: si el hijo fue declarado hijo matrimonial de una persona, nadie puede ejercitar la acción de impugnación de esta filiación determinada ya por sentencia.

A nuestro juicio, debe entenderse que sólo la sentencia firme es un modo de la determinación de la filiación matrimonial, como hemos visto.

C A P I T U L O    I I I

PRESUNCION   EN   GENERAL

### 3. PRESUNCION EN GENERAL

Es presumible jurídicamente y formalmente desde un punto de vista biológico que todos los hijos deben tener padre y madre. El matrimonio, la maternidad y la identidad del hijo son susceptibles de prueba directa (1). En el derecho comparado como por ejemplo: el derecho chino y el thailandés consideran que el hijo nacido fuera del matrimonio, es hijo legítimo de la madre (2). Estos derechos lo que consideran no es la presunción de maternidad, sino que el hijo es legítimo de la madre de pleno derecho y desde el mismo momento del nacimiento, aunque la madre no esté casada. El derecho español por el contrario no regula que el hijo una vez nacido sea automáticamente y de pleno derecho hijo legítimo de la madre, como en el derecho chino y el thailandés, pero sí se establece en el Código Civil en su artículo 120, después de ser reformado por la ley del 13 de Mayo de 1981, al hablar de que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, en el apartado 4º dice lo siguiente:

"Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. "Por eso, para ser hijo legítimo de la madre, en el derecho español, se necesita la inscripción de nacimiento por la madre. Pero

---

(1) Espín Cánovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, Vol. IV, "Familia", 6ª edición, adaptada a la constitución y a las Leyes de reforma del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, P. 280.

(2) Cc. chino (Taiwan) art. 1065 ap.2: En la relación con su madre, el hijo nacido fuera del matrimonio es considerado legítimo, y el reconocimiento no es necesario.

Cc. thailandés art. 1546: El hijo nacido de la mujer que no esté casada es considerado hijo legítimo de esa mujer.

Código Civil de Tailandia, Gaceta Oficial, Libro 93, Vol. 129, 1976.

si la madre no hace constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, este hijo no es hijo legítimo ni de ella ni de nadie. Este supuesto es regulado del mismo modo por el derecho italiano. (Cc. italiano, artículo 250).

No es un grave problema la prueba de la maternidad, porque puede demostrarse fácilmente el hecho del parto de la mujer y la identidad del hijo como el nacido de esta mujer.

En cambio, en el supuesto de la paternidad puede existir un problema más complicado, puesto que la mujer puede tener relación sexual con muchos hombres en el período legal de concepción. Dada esta situación no puede saber concretamente quién es el padre de su hijo. La madre, por sí misma tampoco podría asegurarlo. Ante el nacimiento de un niño puede surgir fácilmente el problema de determinar quién es su padre, es decir, asegurar de quién es hijo. Algunas veces, incluso aunque la madre esté casada y nazca el hijo dentro del matrimonio, el marido puede negar la paternidad (3). Estos complicados problemas pueden perjudicar al hijo, si la ley no regula adecuadamente, detalladamente y previamente los diversos supuestos pues el marido puede negar la paternidad de este hijo fácilmente y nadie podría saber la realidad, porque la relación mantenida entre la mujer y el marido es privada y por tanto secreta. Ante esta posibilidad de que el hijo no supiera quién es su padre, recibiría un gran perjuicio tanto emocional como moral, que a su vez repercutiría en la propia sociedad. Por eso, la ley debe regular y establecer la presunción de paternidad marital para evitar estas situaciones.

Es evidente que la presunción de paternidad siempre tiene relación con la presunción de concepción. Así en el Código Civil de algunos países, como el Código español (reformado en esta materia) se establecía la presunción de paternidad de modo implícito

---

(3) Código Civil Español, artículos 117 y 136-Editorial Nomos-Valencia 1981-Edición del texto y antecedentes al cuidado de Enrique Lalaguna D.

a través de la presunción de concepción; generalmente, en los Códigos se utiliza el período máximo de gestación como límite regulador de la presunción de paternidad, y el período mínimo se utiliza para el comienzo de esta presunción. Por eso, es necesario analizar la presunción de concepción dentro del matrimonio antes de la presunción de paternidad.

### 3.1. PRESUNCION DE CONCEPCION DENTRO DEL MATRIMONIO

La concepción durante el matrimonio tropieza con la dificultad de que el plazo de gestación ni es igual en todos los casos ni puede fijarse con exactitud en cada uno, y, por tanto, no puede fijarse la fecha de la concepción por relación con la del parto (4).

La prueba del día cierto de concepción es muy difícil, aunque en algunos casos se puede probar, pero lo más fácil es que sea incorrecto. Es decir, buscar la realidad en la consideración del día cierto o fijo de concepción, así como las pruebas pertinentes para afirmarlo es muy difícil. Pero es necesario buscar el período más aproximado de concepción para protestar la paternidad, como intentar acercarse lo máximo posible a la realidad para afirmar que el hombre es el padre del hijo o no.

La ciencia biológica puede fijar las normas de la concepción y la fecha del nacimiento del hijo, pero el período natural de concepción no es igual en cada supuesto. Así el período para que el feto pueda quedar en el vientre, desde el punto de vista científico de la ginecología es aproximadamente de doscientos ochenta días. La fijación de este período no es siempre correcta, y puede cambiar en muchos días (5).

---

(4) Espín Cánovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, vl. IV, Familia, 6 edición. 1981. P. 280.

(5) Niyomsaen, Songkrant, Medicina Legal, 8ª edición, Imprenta de la Universidad de Thammasat, Bangkok, 1970. P. 154.

En la ciencia biológica, se considera como una regla que el período entre el día en que el óvulo ha sido fecundado y el día de nacimiento es de 266-270 días, pero se puede reducir hasta 250 días o ampliar hasta 285. Normalmente el médico calculará el día del parto añadiendo 7 días a partir del primer día de la última menstruación de la embarazada y contando 9 meses más. Por tanto, el período de la concepción será aproximadamente de 280 días o 10 meses del calendario lunar (por ejemplo, si el primer día de la menstruación es el día 10 de enero, el día del parto será el 17 de octubre).

Pero jurídicamente, para presumir de legitimidad del hijo, por lo general se presume el período de la concepción más corto o largo que el período fijado según la ciencia biológica.

Un tribunal del Estado de Nueva York aceptó que el período de la concepción prolongado hasta los 355 días fuese el legal; asimismo, un tribunal inglés permitió que el período de los 331-346 días fuese el legal de la concepción, por reconocimiento del médico consultado.

El feto, normalmente, puede salir del vientre de su madre sólo transcurridos 221 días después de comenzar el embarazo; contando desde el primer día de la última menstruación de la madre.

Debido a que no se puede conocer con certeza el día de la fecundación del óvulo, resulta difícil fijar correctamente el día del parto; por lo tanto, éste puede ser diferente del calculado. Pero se considera que el cálculo es correcto si el nacimiento del hijo no coincide con el período calculado en un 5%.

En la ciencia médica, se fija el período de la concepción en 280 días; se considera que existe un margen de seguridad reducido (25%) de que el hijo nazca 4 días antes o después de la fecha; cuando se admite un margen de error de 7 días la posibilidad aumentará hasta un 50%; por último, existe una posibilidad muy elevada (95%) de que el niño nazca 14 días antes o después de dicha fecha (6).

---

(6) "Pregnancy" Enciclopedia Británica, Macropedia, vol. 14, 15 edición, Chicago, 1979, P. 969.

Al intentar demostrar la realidad la diferencia de un sólo día puede producir el efecto contrario de la verdad. Cada parte puede dar su opinión basándose en ese día de diferencia para demostrar su visión del "asunto" y defender su beneficio.

Por eso, para evitar el problema de la discusión hasta lo infinito, la ley intenta regular la presunción de manera estricta, fijando un período legal de concepción por considerar que la norma del cálculo del período de concepción dado por la ciencia médica y biológica, de acuerdo con una serie de estadísticas, no es fija, sino que oscila basándose en unos límites mínimo y máximo de duración del embarazo. Es decir, que la ley establece un período intermedio, digamos el que considera más racional dada la variabilidad del período de concepción, para dar una seguridad jurídica que la medicina no puede establecer.

Así la ley fija un plazo mínimo y otro máximo de la concepción situando dichos plazos entre la fecha de la celebración y la de la disolución del matrimonio, respectivamente, y así resultará el período legal de concepción, dentro del cual habría de ocurrir el nacimiento para que se dé este supuesto. Ocurrido el nacimiento dentro del período legal de la concepción, el hijo se presume concebido durante el matrimonio (7).

### 3.1.1. Derecho comparado

En el derecho comparado, los distintos ordenamientos recogen la presunción de concepción, aunque la regulen de manera diversa, partiendo siempre de unos principios muy afines o similares.

Así esta presunción de concepción que como decíamos antes completa, o configura a la de paternidad, en todo el derecho comparado se basa en datos suministrados por la Biología, traducidos a términos jurídicos: que los plazos máximo y mínimo de gestación vienen a ser aproximadamente los de trescientos días y ciento ochenta días, respectivamente.

---

(7) Espín Cánovas, Diego, "obra citada", P. 281.

Sin embargo, los estudios y las estadísticas realizadas por la Obstetricia moderna han demostrado que el plazo mínimo puede ser inferior, incluso, a los ciento ochenta días y que el máximo de gestación puede rebasar, asimismo con relativa frecuencia los trescientos días (8).

En la actualidad, la mayor parte de los Códigos han seguido los referidos plazos de gestación legal, mínimo (de 180 días) y máximo (de 300 días), o con alguna pequeña variante, como es el caso del Código coreano y japonés, que establecen el plazo mínimo en 200 días (9), o el del Código alemán y chino, que establecen el plazo máximo en 302 días (10), o el del Código Thaiandés (11), que establece un plazo máximo de 310 días, siendo éste el máximo plazo del derecho comparado.

Ahora vamos a tratar sobre la fijación del período legal de concepción en cada país:

El Código alemán lo regula entre 181-302 días (12).

El Código francés lo regula entre 180-300 días (13).

El Código italiano lo regula entre 180-300 días (14).

- 
- (8) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida Francisco; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús; Rivero Hernández, Francisco. "El nuevo régimen de la familia" tomo 11, Editorial Civitas S.A., Primera edición, Madrid, 1981, P. 26.
- (9) Cc. coreano, art. 844.  
Cc. japonés, art. 772.
- (10) Cc. alemán parágrafo 1592, ap.2.  
Espín Cánovas, Diego, "obra citada", P. 282.  
Cc. chino (Taiwan) art. 1062 ap.1.
- (11) Código Civil Thaiandés, artículo 1536, "Obra citada", ap.1.
- (12) Cc. alemán artículo 1592.
- (13) Cc. francés artículo 312.
- (14) Cc. Italiano artículo 232: El hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días después de la disolución del matrimonio de los padres se presume nacido durante el matrimonio.



El Código suizo lo regula entre 180-300 días (15).

El Código portugués lo regula entre 180-300 días (16).

El Código coreano lo regula entre 200-300 días (17).

El Código chino lo regula entre 181-302 días (18).

El Código filipino lo regula entre 180-300 días (19).

El Código japonés lo regula entre 200-300 días (20).

- 
- (15) Cc. Suizo artículo 252: Se presume hijo legítimo el que nacido durante el matrimonio o antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio de los cónyuges. El hijo nacido después de los trescientos días no se presume legítimo.
- (16) Cc. Portugués de 1966, artículo 1798: Es admitida en cualquier caso la acción judicial encaminada a probar que el período de gestación del hijo fue inferior a los 180 días o superior a 300 días.
- (17) Cc. coreano art. 844: (1) El hijo concebido por la mujer durante el matrimonio será presumido hijo del marido.  
(2) El hijo nacido a los doscientos días con posterioridad al día de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes al día de la terminación del matrimonio, será presumido que haya sido concebido durante el matrimonio.
- (18) Cc. chino (Taiwan) art. 1062: El período de la concepción es entre los ciento ochenta y un días y los trescientos dos días, ambos inclusive, antes del día de nacimiento del hijo. Cuando se puede probar que la concepción ha tenido lugar dentro del período superior a los trescientos dos días mencionados, este período es considerado período de la concepción.
- (19) Cc. filipino artículo 255: Se presume hijo legítimo el que ha nacido después de los ciento ochenta días siguientes de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges.
- (20) Cc. japonés art. 772: El hijo concebido por la mujer durante el matrimonio será presumido hijo del marido.  
2. El hijo nacido a los doscientos días o más con posteriori-

El Código thailandés lo regula entre 180-310 días (21).

Algunos países no establecen dicha presunción de concepción, sino que dejan esta materia al libre juego de los principios probatorios y su apreciación judicial, como es el caso de Inglaterra, los países escandinavos y Rusia (22).

En Inglaterra no hay un período fijo legal de concepción como se demostró en el caso de Preston Jones V. Preston-Jones (23): House of Lord (Cámara de los Lores) se aceptaba que el Tribunal pudiera observar sobre la realidad para la fijación del período normal (aunque el período fijado podía ser distinto entre doscientos setenta -doscientos ochenta, días o nueve meses) (24).

---

dad al día de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes al día de la disolución o anulación del matrimonio, será presumido que haya sido concebido durante el matrimonio.

- (21) Cc. thailandés artículo 1536 ap.1: El hijo nacido de la mujer durante el tiempo que es la esposa del hombre (su esposo y presunto padre) o dentro de los trescientos diez días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del marido o sea del que era marido, respectivamente. Y el artículo 1539 ap.1: Respecto al presunto hijo legítimo mencionado en el artículo 1536, el marido o el que era marido podrá destruir la presunción de paternidad a través de ejercitar la acción de impugnación de la misma frente al hijo y la madre juntamente si puede probar que no convivió con la madre en el período legal de concepción del hijo, es decir, el período entre 180-310 días antes del nacimiento del hijo o si puede probar otra causa del mismo estilo.
- (22) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "Obra citada" (7) Sistema seguido por algunos países, con diversas modalidades, como en Inglaterra y países escandinavos. En Rusia tampoco se formula la presunción de concepción.
- (23) (1951) 1- All E.R., 124, H.L.; (1951) A.C. 391.
- (24) Por Lord Simonds at PP. 127 and 401, Lord Morton At PP. 136 and 413, Lord MacDermott at PP. 139-140 and 419.

Pero Lord Mac Dermott opinaba además que la observación del derecho tenía que considerar la realidad conjuntamente aunque no necesitaba adecuarse siempre al período normal, ya que el período verdadero en cada caso podía ser más largo o corto que el período normal (25). Sin embargo, el Tribunal Inglés había sentenciado que el período de concepción que durase sólo ciento setenta y cuatro días podía ser el período normal (26). Y en el caso de Jamieson V. Dabie (1935) S.C. 415, se decía en la sentencia que era posible un período más largo así de 307 días.

En la fijación de dicho período, puede observarse que el derecho coreano y el japonés, por ejemplo establecían el período mínimo en doscientos días, por tanto, el hijo nacido antes de los doscientos días después de la celebración del matrimonio, en dichos derechos no se presume hijo legítimo del marido. Sin embargo, en el mismo tiempo, en otros países, se regulaba el plazo mínimo en ciento ochenta días, así el Tribunal Inglés había dictado una sentencia aceptando el período mínimo sólo en ciento setenta y cuatro días, en este caso, la cual era muy favorable de cara a la legitimidad del hijo gracias a este plazo mínimo innovatorio.

El plazo máximo para que el feto pueda quedar en el vientre de su madre, según el derecho tailandés, dispone, de manera muy favorable, es de trescientos diez días mientras que por el contrario en el derecho japonés y en el de otros países se establece en trescientos días.

La fijación de dicho período se conforma a la norma biológica y médica. Ya en la época de la antigua Grecia, Hipócrates, padre de la medicina, fijaba el período de concepción en 180-275 días.

---

(25) Bromley, P.M. Family Law, 2nd edition, London, Butterworths, 1962, p. 282.

(26) Barnaby V. Baillie (1889) 42 ch., D. 282 at. P. 296.

### 3.1.2. Derecho español

Sobre la presunción de la concepción dentro del matrimonio, el derecho español después de la última reforma, la efectúa de la misma manera que para la presunción de la concepción antes del matrimonio aunque el hijo haya nacido antes o después de la celebración del matrimonio. Esto es así porque el hijo concebido antes del matrimonio y nacido antes de la celebración, puede ser hijo legítimo, es decir, de carácter matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo. Sin embargo, se necesita cumplir una serie de requisitos, para quedar determinada legalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 120 (27). También se presume que el hijo concebido antes del matrimonio pero nacido después de la celebración es hijo del marido siempre, aunque haya nacido un día sólo después de la celebración o después de los 180 días, porque el Código Civil español después de la reforma, establece en el artículo 116:

"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Por tanto, el hijo nacido después de la celebración, aunque sólo un día después, se presume hijo del marido. Pero en este caso puede el marido desconocer el hijo conforme a lo dispuesto en el artículo 117.

La nueva ley de reforma (28) del Código Civil es más favorable al hijo que lo establecido en el Código antes de la reforma, especialmente en materia de presunción de concepción y de presunción de paternidad.

El Código Civil antes de la reforma disponía sobre este tema

---

(27) Cc. español artículo 119 ap.1.

(28) La Ley 13 de Mayo de 1981.

en el artículo 108 ap.1: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges".

La concepción se presume posterior al matrimonio si el hijo nace después de los ciento ochenta días de celebrado; y se presume anterior, a su disolución, o a la separación de los cónyuges, si el hijo nace antes de los trescientos días siguientes a estos hechos.

En ambos supuestos la presunción es también "Iuris et de iure"; pero no es reversible; no se presume -en principio, al menos- que, nacido en los ciento ochenta primeros días de matrimonio, haya sido concebido antes de celebrarlo; ni que, nacido después de los trescientos de su disolución, o de la separación de los cónyuges, haya sido concebido después de disuelto o separados; por ello, los artículos 110 y 111 Cc. antes de su reforma merecen un delicado examen (29).

El Código derogado en esta materia establecía el período mínimo y máximo de la concepción conforme a lo dispuesto en el artículo 108. El período mínimo es de ciento ochenta días y el máximo es de trescientos días. La fijación del período legal de concepción que se hacía en el Código civil es igual al que se establece en la mayor parte de los Códigos.

Conforme a la regulación anterior del Cc. en su artículo 108 el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio, no se presume hijo del marido en principio (30) (por ejemplo: el hijo nacido a los 179 días después de la celebración no es hijo legítimo). Puede existir,

---

(29) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Der. de Familia II, Librería Bosch, 2ª edición, Barcelona 1975, P. 22.

(30) Ver art. 110 del Cc. antes de su reforma, donde recoge tres supuestos excepcionales.

por tanto, una situación distinta entre el hijo nacido a los 179 días y el hijo nacido a los 180 días justos después de la celebración.

Tampoco se presume hijo legítimo el nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los padres aunque haya nacido el día 301 o un día más lejano de la fecha de disolución.

En el Cc., una vez reformado, se establece sobre la presunción de paternidad una regulación distinta, pues se favorece más al hijo, aunque sobre el período de concepción, se establece lo mismo, es decir, que el período mínimo es de 180 días y el máximo es de 300 días, conforme al artículo 116 y 117 respectivamente.

Artículo 116. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Artículo 117. Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto.

El período mínimo de 180 días, no se dispone directamente en el artículo 116, pero se establece en el artículo 117 para que el padre pueda destruir la presunción de paternidad si el hijo ha nacido dentro de los 180 días después de la celebración del matrimonio. En la nueva regulación se establece la presunción de concepción en el plazo entre 180-300 días, pero se considera que es hijo legítimo el que ha nacido después de la celebración, aunque haya nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días después de la disolución.

Pero en la regulación derogada del Cc., si el hijo ha nacido antes de los 180 días después de la celebración no se presume hijo del marido (salvo que concurra alguna de las circunstancias en el artículo derogado 110). Por eso, el marido no necesitaba

destruir la presunción de paternidad.

Concluyendo, podemos decir que la nueva reforma del Cc. protege más que antes a la mujer y al hijo frente a la posible actitud por parte del marido de negarse a aceptar que el hijo es suyo y por tanto legítimo. En la regulación anterior había un período que iba de la celebración del matrimonio a los 180 días después, en que el marido podía negar o no aceptar sin necesidad de demostración ninguna de la paternidad del nacido. Podía decir sin más que no era su hijo. (Esta es la gran diferencia entre la nueva regulación y la antigua del Cc.).

### 3.1.3. El supuesto de la mayor duración del embarazo como prueba dentro de la presunción de la concepción

Conforme al análisis realizado anteriormente sobre la presunción de concepción legal en los Códigos de los diversos países y dado que la mayor parte de ellos han fijado los plazos de concepción mínimo y máximo en 180 días y 300 días, respectivamente, y sabiéndose, asimismo de acuerdo con la medicina (31) que estos plazos no son siempre correctos sino que pueden cambiar en muchos días. Pasamos a analizar el siguiente supuesto.

Conocimientos y estadísticas de la Obstetricia moderna han demostrado que el plazo mínimo puede ser inferior a ciento ochenta días y que el máximo de gestación rebasa con relativa frecuencia los trescientos días (32).

Sobre el plazo de la mayor duración del embarazo, no se puede fijar absolutamente como límite de nacimientos tardíos; mientras unos opinan que se puede prolongar el embarazo durante doce meses, y aún más, otros niegan su duración pueda ser superior a los

---

(31) Niyomsaen Songkrant, Medicina legal, 8ª edición, Imprenta de la Universidad de Thammasat, Bangkok, 1970, P. 154.

(32) Rivero Hernández, Francisco. El nuevo régimen de la familia: la filiación, editorial civitas S.A., Madrid tomo II, 1ª edición, 1981, P. 26.

doscientos ochenta días. Los archivos médicos registran casos de prolongación hasta trescientos treinta y dos e incluso trescientos treinta y tres días (33) después del presunto de la concepción, que es el de la menstruación última anterior al embarazo.

Schröder dice que puede prolongarse la gestación hasta los trescientos veinte días; la opinión de Saulle es que un embarazo normal dura entre doscientos setenta y cinco y doscientos ochenta días o entre doscientos noventa y trescientos días, según el plazo en que se produzca la menstruación (cada veintiocho o veintinueve días). "Pero -añade- no debe olvidarse que puede haber error, ya por la persistencia excepcional del ciclo, ya a causa del plazo de ocho a quince días, después del acceso con el varón, durante el cual puede ser fecundado el óvulo" (34).

Los plazos de concepción pueden cambiar, no es ésta igual en cada persona. El problema es que en los Códigos de los diversos países algunos admiten la prueba en contrario, (es decir, la prueba de que la gestación puede ser más corta o larga), aunque otros no.

(35) Hay dos tipos de la presunción de la concepción:

1. Presunción absoluta: que se impone frente a toda evidencia y cualquier prueba.

2. Presunción relativa: que admite prueba en contrario.

La presunción absoluta es muy estricta, no admite la prueba de la mayor duración del embarazo.

Vamos a analizar los Códigos de algunos países sobre este

---

(33) Simpson: "Monthly Journal y Clínica obstétrica", citado por Saulle.

(34) Traité de Médecine légale, París, 1886.

Manresa y Navarro, José María, "Comentarios al Código civil español", Tomo I, Inst. Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1956, P. 671.

(35) Rivero Hernández, Francisco, 1981, P. 26 "obra citada".



tema:

### 3.1.3.1. Derecho comparado

#### a) Países que no admiten la prueba en contrario:

La jurisprudencia y doctrina francesa consideran "iuris et de iure" la presunción de concepción, siendo inadmisibles, por tanto, la prueba de una mayor duración del embarazo (36), y la misma posición encontramos en la doctrina y jurisprudencia italiana (37).

Las normas francesas e italianas consideran la presunción absoluta, y por tanto, no admiten la posibilidad de demostrar una mayor duración de la gestación. Por eso, el hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, de los padres, no puede considerarse hijo del marido aplicándose la prueba de que en este caso concreto el embarazo había durado más de los 300 días.

Las normas coreana, china y japonesa tampoco admiten la posibilidad de probar la mayor duración del embarazo (38).

La doctrina tailandesa, a su vez, tampoco admite esta prueba aplicando la presunción absoluta, es decir, que se presume hijo del marido, sólo el nacido antes de los trescientos diez días siguientes a la disolución del matrimonio (39).

El hijo nacido después de transcurridos los 310 días no es

---

(36) Colin y Capitant, I, 543, 2ª edición esp.; Marty y Raynaud, Droit civil I, núm. 464, etc. Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "obra citada".

(37) Cicu; Barassi; D'Angelo; Ruggiero-Maroi, Ist., P. 278; Trabucchi, Ist., núm. 120, etc. Espín Cánovas, Diego, 1981, obra citada, P. 283.

(38) Cc. coreano art. 844.

Cc. chino art. 1062.

Cc. japonés art. 772.

(39) Cc. tailandés art. 1536 ap.1.

hijo legítimo y no puede demostrar con ningún tipo de prueba, ni con la de la gestación prolongada su legitimidad. Si el hijo hubiera nacido después de los 310 días, en este caso se considera como hijo no matrimonial y puede adquirir la legitimidad sólo en 3 formas (40).

1) Por matrimonio subsiguiente de los padres.

2) Por la inscripción de la legitimidad del hijo en el Registro Civil por el padre.

3) Por sentencia firme.

b) Países que admiten la prueba en contrario.

Por el contrario, el Código alemán admite expresamente la prueba en contrario (41). El Código Civil suizo limita la presunción de la concepción a los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, por lo que el nacimiento posterior, requiere la prueba de los medios ordinarios, sin que la doctrina plantee dificultad en admitirla (42).

El nuevo Código Civil portugués de 1966 sigue este criterio, admitiendo expresamente la prueba de embarazo más cortos o largos (43).

---

(40) Cc. Tailandés art. 1547: El hijo nacido de los padres que no están casados, podrá ser hijo legítimo cuando se casan sus padres posteriormente. O se inscriba por el padre la legitimidad del hijo o haya sentencia firme.

(41) Parágrafo 1592, ap.2: Si se prueba que el hijo ha sido concebido durante un período más lejano, más allá de los 302 días antes del nacimiento, ese período es reputado época de la concepción, en favor de la legitimidad del hijo.

(42) Cc. Suizo, art. 252 ap.2: El hijo nacido después de los 300 días no se presume legítimo. En la doctrina: Tuor Le Code Civil Suisse, P. 210, 2ª edición, fr., et.

(43) Cc. Portugués de 1966, art. 1798: Es admitida en cualquier caso la acción judicial encaminada a probar que el período de gestación del hijo fue inferior a los 180 días o superior a 300 días.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "obra citada".

El Código civil filipino (44) y chino (Taiwan) (45) también admiten expresamente la prueba en contrario de la mayor duración del embarazo.

La jurisprudencia y doctrina alemana, suiza, portuguesa, china y filipina admiten la presunción relativa, aceptando por tanto la prueba de la gestación prolongada, que demuestre la posibilidad de concepción antes de la disolución del matrimonio. Normalmente el hijo nacido después del período máximo no se presume hijo del marido, pero si se puede demostrar la prueba de la mayor duración del embarazo, este hijo será hijo legítimo.

La prueba médica o biológica es la más acertada para justificar este caso.

La admisión de esta prueba siempre existe en el caso de que haya nacido el hijo inmediatamente después de los plazos legales siguientes a la disolución del matrimonio. Si ha nacido el hijo en un tiempo más lejano que el período legal máximo, es difícil admitir y probar esta prueba, valga la redundancia.

#### 3.1.3.2. Derecho español

La doctrina española atribuyó generalmente carácter absoluto a la presunción de concepción en los plazos legales del dero-

---

(44) Cc. filipino art. 261: No existe presunción de legitimidad o ilegitimidad del hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges. Cualquiera que alegue la legitimidad o ilegitimidad de este hijo deberá probar su alegación.

(45) Cc. chino art. 1062: El período de la concepción es entre los ciento ochenta y un días y los trescientos dos días, ambos inclusive, antes del día del nacimiento del hijo. Cuando se puede probar que la concepción ha tenido lugar dentro del período superior a los trescientos dos días mencionados, este período es considerado período de la concepción.

gado artículo 108 (46).

Frente a la posición del antiguo artículo 108 Cc., una discutible interpretación jurisprudencial, que consideraba a la presunción de concepción del tipo "iuris et de iure", sin admitir la posibilidad de demostrar que en un caso concreto la gestación había durado, por ejemplo, más de trescientos días (47).

Conforme a la norma derogada artículo 108, se puede considerar que la posición del Código Civil era la presunción absoluta (48). Pero en relación con el supuesto particular del nacimiento posterior a los 300 días de la disolución del matrimonio, la cuestión se planteó de modo diverso en nuestro Código, que en el francés, ya que el artículo 111 permitía la prueba de la paternidad del marido, dando lugar a una problemática interpretativa.

La admisión en general de la prueba de una gestación superior a los 300 días es aceptada por algunos autores sobre la base del precedente de la Ley de matrimonio civil de 1870, cuya Exposición de motivos aludía a esta posibilidad, y como medio de atenuar la inflexibilidad de los plazos del artículo 108, reconociendo la posible realidad de nacimientos tardíos (49).

---

(46) De Diego, Inst. II, 507; Royo 240; La Cruz y Sancho, 363.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "obra citada".

(47) Rivero Hernández, Francisco, 1981, P. 27 "obra citada".

(48) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "obra citada".

(49) Castán, V. 2º., 24, 8ª ed. La exp. de Motivos de la Ley de 1870 indicaba en torno a la dificultad de fijar los plazos de 180 y 300 días que "si algún raro caso ocurriera, en el cual hubiera medio de demostrar que la realidad de los hechos no estaba en armonía con la presunción legal, por cualquier causa", en virtud de la prueba contraria, "nunca será imposible que la presunción de la ley desaparezca ante la verdad de un hecho que le sea contrario".

Espín Cánovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, vol. IV, Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª edición, Madrid, 1975, P. 303.

Según esto, se interpreta, más bien, de tipo relativo la presunción de concepción dentro de los períodos legales, ateniéndonos a la redacción un tanto contradictoria de los artículos 108 y 111 derogados del Código Civil, y en base a nuestra tradición jurídica anterior.

El artículo 111 derogado, permitía la prueba contraria a los períodos del artículo 108 también derogado, es decir, (50) hay que admitir la prueba de la legitimidad por imperativo del artículo 111.

El artículo derogado 111 establecía: "El marido o sus here-deros podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

Conforme a este artículo, el hijo y su madre pueden justifi-car la legitimidad del hijo nacido con posterioridad a los 300 días de la disolución del matrimonio. Por eso, la interpretación de modo relativo de la presunción de concepción en los períodos legales, es más correcta. También se puede pensar que, de una parte, el precepto concreto de nuestro artículo 111 y, de otra, el principio "favor legitimitatis" permiten la admisión de la prueba del nacimiento tardío en favor de la legitimidad (51) según la doctrina española.

Pero respecto al derogado artículo 111 puede plantearse un problema: si el nacimiento se ha producido mucho después de transcurridos trescientos días ¿pueden todavía el hijo y su madre justificar la paternidad del marido?.

---

(50) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 303, "obra citada".

(51) "Rectificamos la anterior posición concediendo valor de pre-sunción "iuris et de iuris" a la presunción de la concepción, 2ª edición, Vol. IV, 264.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 303 "obra citada".

En este supuesto, después de transcurridos trescientos días puede tratarse tanto de trescientos ochenta como de cuatrocientos o novecientos días; por lo tanto, si el hijo ha nacido mucho después de los trescientos días es imposible que sea hijo del marido, y creemos que no se puede justificar la legitimidad del hijo. En este caso, hubiera podido incluso hacerse una referencia al dictamen pericial tocante a los nacimientos tardíos -que no pueden pasar de ciertos límites, después de los cuales no existe ningún medio hábil para probar la legitimidad. Pero por no existir ninguna referencia mencionada, aunque el derecho permite probar el nacimiento tardío, sólo es posible admitir la prueba en el caso de que el hijo haya nacido inmediatamente después de los plazos legales siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges.

El Código Civil hoy día reformado de una mayor flexibilidad de pruebas admisibles, en general, para probar tanto la maternidad como la paternidad (52). El Código, en sus artículos derogados, no establecía nada expresamente sobre la admisión de la prueba de mayor duración del embarazo aunque del artículo 111 parecía deducirse la posibilidad de la prueba de la paternidad del marido y así los profesionales del derecho han interpretado en este artículo los dos tipos de presunciones, pero la mayoría se ha inclinado en favor de la legitimidad del hijo, es decir, han admitido la prueba de la gestación superior a los 300 días.

De acuerdo con la nueva redacción del Código Civil, una interpretación racional y sistemática del artículo 116 en relación con el 127 (admisibilidad de la investigación de la verdadera paternidad) y el 136 (acción de impugnación de la paternidad por el marido) permiten dar alcance de mera presunción "iuris tantum" (que admite prueba en contrario) a la de concepción que hay en la base de la regla "pater is est" que recoge claramente el artículo 116 del Código Civil actual, y que sólo de manera implícita

---

(52) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "Obra citada".

recogía el artículo 108 (53).

El Código Civil en sus artículos reformados dispone expresamente en el artículo 127: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

Conforme al artículo mencionado, se admite la prueba en contrario para demostrar la paternidad y la maternidad. Esta regulación protege de manera más favorable al hijo, pues se puede probar que la gestación pudo ocurrir dentro del matrimonio, es decir, por obra del marido. Por eso, conforme a la ley del 13 de mayo de 1981, podrá ser hijo del marido el nacido después de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los padres, por demostración de la prueba de la mayor duración del embarazo.

(54) Las pruebas biológicas, admisibles ahora, son eficientes en ese terreno y aptas para combatir la presunción de concepción aludida.

### 3.2. PRESUNCION DE LA PATERNIDAD

Debido a que es muy difícil probar sin ningún tipo de duda la paternidad del presunto padre que no la admite, se utilizaba ya desde antiguo una serie de presunciones y principios, como el utilizado desde el siglo XII que decía: "Pater est quem nuptiae demonstrant".

Al principio se utilizaba en el sistema del "Civil Law", y luego, en el sistema de "Common Law", (es decir, primero fue utilizado por el derecho civil continental, europeo, y luego pasó

---

(53) Rivero Hernández, Francisco, 1981, P. 27 "obra citada".

(54) Rivero Hernández, Francisco, 1981, P. 27 "obra citada".

al derecho anglosajón).

Este principio disponía que "El hijo nacido de la mujer casada es presumido hijo del marido de esta mujer salvo que pueda probarse lo contrario" (55).

Cuando se afirmaba la legitimidad de un hijo en base a esta presunción recogida por la ley, si alguien decía que este hijo no era hijo legítimo, tenía el deber de protestar esta presunción.

Se puede utilizar esta presunción en el caso del hijo nacido inmediatamente después de la celebración del matrimonio, es decir, el hijo concebido antes de la celebración del matrimonio. Sobre estos supuestos se ha escrito y dicho muchas cosas, así el juez Lord Cairns, L.C. decía en el caso de "Gardner V. Gardner (56) en el Tribunal Session que:

"Cuando el hombre se casa con una mujer embarazada, la presunción de paternidad es la realidad creíble, especialmente cuando la concepción ha ocurrido mucho más tiempo antes y concretamente, o verdaderamente si se da la confesión o declaración intencionada del marido. En el pensar de la gente, se acepta y alienta esta presunción. Se valora que qué es el instinto normal del ser humano?. Es muy difícil de pasar por alto este caso.

Pero si el marido no sabía del embarazo de la mujer cuando se celebró el matrimonio, se podía oponer a esta presunción refiriendo otra prueba como sucedió por ejemplo: en el caso de Poulett Peerage (57); en este caso la mujer estaba embarazada hacía tres meses antes de celebrar el matrimonio, y, dos meses después el marido la dejó por esta razón, suponiendo que la mujer estaba embarazada de otro hombre. Se alegaba que él no había tenido relación sexual con su mujer antes de la celebración del matrimonio,

---

(55) Glanvil, book, 7, ch. 12 y Bracton, fol. 6; co. Litt. 373; Blackstone's Commentaries, Vol I.P. 457 (Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 7th edition, 1765).

(56) (1877), 2 App. Cas. 723, 729, H.L.

(57) (1903) A.C. 395, H.L.



ni tampoco aceptaba que el hijo era suyo, refiriéndose al testimonio de un amigo al que su mujer había dicho que otro hombre era el padre del hijo.

Esta presunción de la paternidad se podía utilizar en el caso del hijo nacido después de que haya una sentencia judicial concediendo el divorcio, como existía en el caso Knowles V. Knowles (58): había una certeza de que el hijo podía ser concebido antes o después de que existiera la sentencia judicial absoluta. En este caso, el juez Wrangham estableció esta presunción de la legitimidad del hijo, basándose a su vez en la presunción de que "la concepción había ocurrido subsistente el matrimonio (antes de la disolución del mismo) y el marido era padre del hijo", aunque en esa situación podía aquél impugnarlo fácilmente.

Se podía utilizar también esta presunción en el caso del hijo nacido después del fallecimiento del padre si había nacido dentro del período legal de concepción (59). Sin embargo, podía existir una complicación si el hijo había nacido mucho tiempo después del fallecimiento del padre. Así se recoge en el caso de "Preston-Jones V. Preston-Jones" (60): en este supuesto "House of Lords" estaba de acuerdo con la opinión manifestada por el Tribunal que había constatado la realidad de que la fijación del período normal de concepción podía variar entre 270-280 días, es decir, 9 meses (61). Pero Lord MacDermott añadía a la opinión de esta sentencia que había que tener en cuenta que en la realidad no se podía considerar siempre un período normal y fijo de concepción, ya que el período verdadero podía ser más largo o más corto que el supuesto período fijo; sin embargo, si el tiempo iba más allá del tiempo normal de concepción, la presunción se podía protestar fácilmente. La medida de la prueba para demostrar que este hijo no era del marido, podía hacerse por referencia a otras prue-

---

(58) (1962) 1 All E.R. 659; (1962) P. 161.

(59) Re Heath, (1945) ch. 417, 421-422, per. Cohen, J.

(60) (1951) 1 All E.R. 124, H.L.

(61) Per Lord Simonds at PP. 127 y 401.

bas, (por ejemplo: la mujer tenía relación sexual con otro hombre después del fallecimiento del marido).

En el caso de que el hijo fuera concebido antes de la disolución del primer matrimonio -por la muerte del marido o por divorcio- y la madre hubiese contraído nuevo matrimonio antes del nacimiento del hijo, podía existir el conflicto de las dos presunciones de paternidad. Pero en el caso de no poderse probar quién era padre del hijo, tenía que presumirse que "la madre no era adúltera", afirmándose la presunción de que "el hijo era legítimo del primer marido" (62) (porque el hijo había sido concebido y nacido en el período inmediatamente posterior).

Había un caso interesante (63), en el que se sentaba una presunción de que el hijo nacido de la mujer casada era ilegítimo del marido. En este caso, el hijo había sido concebido durante el tiempo en que los esposos estuvieron separados por medio de una declaración judicial; en estas condiciones, se presumía que ambos esposos debieron cumplir esta sentencia, y por tanto no debieron tener relación sexual entre sí. Cuando la mujer quedó embarazada, resultó que aunque pudiera probarse la existencia de una relación sexual con su marido dado que dicha relación había tenido lugar durante el tiempo en que ambos estaban separados legalmente, el hijo nacido no podía ser considerado legítimo del marido.

Pero por el contrario, si ellos hubieran estado separados voluntariamente, aunque hubieran notificado al juez o funcionario sobre dicha separación, e incluso si este acuerdo hubiera sido hecho por escrito, en el caso de nacer un hijo, éste habría sido hijo legítimo del marido.

---

(62) Re Overbury, (1954) 3 All E.R. 308; (1955) ch. 122, en este caso, el juez Harman, dictó sentencia afirmando que el hijo era del primer marido.

(63) Hetherington V. Hetherington, (1887), 12 P.D. 112; Ettenfield V. Ettenfield (1940), ver 1 All E.R. 293, 301, C.A.; (1940) P. 96, 110.

Esta sentencia fue criticada y protestada; era muy difícil fallar a satisfacción de todas las partes, porque el demandante (el marido) hubiera podido utilizar esta sentencia disminuyendo o atenuando las obligaciones dimanantes de la convivencia con su mujer (la demandada). Pero la presunción de la legitimidad del hijo no podía ser destruída si no había una declaración judicial de separación, sino sólo una sentencia en orden al mantenimiento del hijo (64).

En el procedimiento judicial de divorcio en Inglaterra, anteriormente, se consideraba, con un criterio muy estricto, que si se habían descubierto nuevas pruebas durante este procedimiento, no se las podía hacer valer frente a la tercera persona ni frente al hijo, sino sólo entre las partes en litigio. Existía un precedente (65) en el que se afirmaba que el hijo nacido durante el procedimiento de divorcio era legítimo del marido. El descubrimiento de nuevas pruebas se consideraba que debía limitarse a surtir efectos entre los litigantes, pero no podía utilizarse frente a tercera persona que estuviera fuera del pleito ni tampoco frente al hijo. En este caso, el marido ejercitó una acción de divorcio alegando que su mujer era adúltera y mantenía relaciones con una cierta persona; pero durante el procedimiento, se confirmó la existencia de otra tercera persona que también tenía relación sexual con ella, siendo, además, el padre verdadero del hijo. El derecho inglés prohibía al marido utilizar dicha realidad descubierta frente a esta tercera persona para alegar su condición de padre del hijo, prohibiendo también su utilización frente a éste para negar su paternidad. Por lo tanto, el hijo era legítimo del marido, conforme a la presunción de paternidad.

En sentido contrario, respecto a una ley inglesa "Civil Evi-

---

(64) Bromley, P.M., "Family Law", Fifth Edition, London, Butterworths, 1976, P. 282.

(65) Caso de Lindsay V. Lindsay, (1934) P..162; B.V.A.-G., (1965) 1: A11 E.R. 62; (1965) P..278; G. (S.D.) V.G. (H.H.), (1970) 3 A11 E.R. 844.

dence Act 1968, Art. 12", una sentencia -resultado del ejercicio de la acción de filiación- declarando la paternidad de una determinada persona, era aceptada y aplicada como una prueba de paternidad del hijo en todos los pleitos civiles, aunque esta persona no tuviera el carácter de litigante en ellos (66).

La conclusión es que el hijo nacido conforme a la norma de la presunción legal mencionada es el hijo legítimo.

Esta regla de la presunción de la paternidad se recoge en los Códigos de los diversos países, aunque se establece de distinta manera, así por ejemplo: mientras en unos se dice cómo es el hijo legítimo, o se regula principalmente quién es hijo legítimo siguiendo la presunción de la legitimidad; en otros como en el Código italiano se establece de manera concreta la regla de presunción. Así en el artículo 231 dice: "el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio". Y siguiendo la presunción dice en el artículo 232: "el hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días después de la disolución de los padres se presume nacido durante el matrimonio".

Aunque se establece de distinta manera esta presunción persigue el mismo propósito, en los diversos países, así se puede ver claramente reflejado en los libros de texto científicos tanto francés (67), como suizo (68), e inglés (69).

En todos estos textos se explica la existencia de esta presunción legal en base a la misma razón, es decir, en función de

---

(66) Bromley, P.M., Family Law, 1976, obra citada, P. 283.

(67) Planiol Civil Law Treatise, An English Translation by Louisiana State Law Institute, Eleventh Edition, 1938, vol. 2, Part. 1, P. 777.

(68) Dr. Peter Tour, Des Schweigerische Zivilgesetz-buch, Polygraphischer Ver Lay A G Zurich., 1968, P. 251.

(69) Bromley, P.M., Family Law, Second Edition, 1962, London, Butter-worths, PP. 280-283.

la necesidad de probar el hecho de la paternidad, cuestión muy difícil de probar dado que es un asunto secreto y particular entre los esposos, y sólo ellos, y no siempre, pueden saber que el hijo nacido, es hijo del matrimonio, del marido de esa pareja. Pero, como decía antes, no siempre se puede saber porque la mujer puede tener relación sexual a la vez con otro hombre, en el período de la concepción, y entonces ni ella sabrá ciertamente si el padre de su hijo es su marido o ese otro hombre. Es imposible que el hijo pueda probar que el hecho de la concepción de su madre sea obra del marido. La ley tiene que intervenir por medio de la presunción legal para favorecer al hijo.

El "Common Law" regula que es hijo legítimo el concebido y nacido durante el matrimonio de los padres (70). Pero esta norma no siempre es verdadera, porque:

1. Es hijo legítimo el concebido por sus padres estando casados ya, aunque el matrimonio se disuelva antes del nacimiento del hijo. La consecuencia es que el hijo nacido después de la disolución del matrimonio es también hijo legítimo. Por ejemplo: los padres que se han divorciado después de concebido, pero antes de nacer el hijo (71).

2. Es hijo legítimo también el que es concebido por sus padres antes de estar casados, naciendo, sin embargo, una vez casados, es decir, cuando ya existe matrimonio (72).

3. Aunque nada se establece sobre este caso, se puede considerar hijo legítimo aquél cuyos padres no están casados cuando ha sido concebido, e incluso cuando nace vuelven a no estar casados.

La explicación de este planteamiento, que en principio, suena tan raro es la siguiente:

---

(70) Blackstone's Commentaries on the Laws of England, 7th edition, 1765.

(71) Re Leman's Will Trusts (1945), 115 L.J. Ch. 89.

(72) Blackstone's Commentaries, Vol. I, P. 454.

La concepción es el efecto de la relación sexual, que se produce antes del matrimonio el cual se celebra luego entre los progenitores de ese futuro niño. Sin embargo, puede suceder que el padre muera antes del nacimiento del hijo, presumiéndose hijo legítimo, porque si el padre todavía estuviera vivo, este hijo sería hijo legítimo. Conforme al "Common Law", el nacimiento del hijo después del fallecimiento del padre no es causa suficiente para que el hijo sea hijo no matrimonial.

Por tanto, podemos ver claramente que la legitimidad del hijo es un problema a explicar caso por caso teniendo en cuenta en todo momento la realidad y así para determinar la legitimidad de un hijo hay que considerar los problemas siguientes:

1) ¿Quién es la madre?: Normalmente no es un problema complicado saber quién es, porque la realidad del nacimiento y de la maternidad puede demostrarse por medio de la prueba, sobre todo el testimonio (por ejemplo: el médico u otra persona presente en el lugar y momento del nacimiento del hijo).

Pero es posible que se dé el caso de que los padres, tratando de obtener algún beneficio, intenten demostrar que el niño es hijo suyo, cuando en realidad no lo es.

Sobre este supuesto, existe un caso en Inglaterra (73).

2) ¿Quién es el padre?: No puede solucionarse este problema por medio de la prueba directa como en el supuesto anterior, y esto porque sobre la paternidad, normalmente, sólo puede referirse la realidad de que el presunto padre haya tenido o no relación sexual con la madre, en el período de la concepción. ¿Qué sucede

---

(73) Slingsby V.A.-G. (1916), 33 I.L.R. 120 H.L.

Mientras se debatía este caso, la mayoría de la opinión pública opinaba que el hijo nacido de la concubina del Rey James II había sido traído, a escondidas, hasta la habitación de la Reina, con intención de introducirle en una marmita, para que el puesto del heredero del trono no pasara a la hija del Rey James, dado que ella era protestante.

en el caso de que dos hombres tengan relación sexual con la misma mujer en el período de la concepción?. En este caso, no puede probarse ciertamente en quién es el padre del hijo. Además la realidad es que la relación sexual, sólo puede probarse por el testimonio de este hombre y esta mujer o por la circunstancia de que haya una relación social normal entre ellos que pueda dar pie a la gente a pensar en la relación sexual entre ellos.

3) Demostrar la realidad de que los padres están casados legalmente en el momento en que se pueden dar los supuestos anteriores, o no.

El matrimonio de los padres, generalmente (y no en todos), según el derecho de los diversos países, incluida España, se considera que no produce plenos efectos frente a terceros, sino cuando se inscribe en el Registro Civil (74) realizándose conforme a la forma regulada por la Ley. Hay otros supuestos distintos, así pueden convivir juntos un hombre y una mujer, sin que la relación entre ellos dé lugar a la existencia del matrimonio, a pesar de que la posición y la relación sea como la de una familia y ello por que no se han unido de acuerdo a la ley e inscribiendo su relación en el registro.

Hoy día hay parejas que viven juntas sin someter su relación a lo dispuesto en la ley. Como una relación matrimonial, aunque celebren su unión de cara a la sociedad con algún acto festivo; estas relaciones no son matrimoniales por no atenerse a la ley como hemos dicho y por no ser inscrita en el Registro Civil. Su relación no es matrimonial y sus hijos por lo tanto tampoco.

En el caso de que los cónyuges estén casados pero no inscrito el matrimonio en el Registro Civil, no podría hablarse de una filiación matrimonial determinada legalmente, de acuerdo con el artículo 115 del Código civil español. La situación es distinta a la de la nulidad del matrimonio. Así si dos hermanos están casados -este matrimonio es nulo (75), pero el hijo nacido de este

---

(74) Cc. español artículo 61.

(75) Cc. español artículos 73 y 47.

matrimonio poseerá un título del estado de hijo legítimo (76), si ha nacido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Civil español.

Esta presunción de paternidad parte de la realidad cierta y va hacia la realidad ignorada, es decir, el principio empieza por considerar que si los padres están casados o no, luego quién es la madre (esto puede saberse fácilmente), el problema siguiente a solucionar es ¿quién es el padre?, es lo más difícil de afirmar y su verdadera finalidad.

El Código civil suizo (77) recoge 3 normas fundamentales para determinar la paternidad, es decir si es hijo del presunto padre o no:

- 1) Que exista relación sexual entre los cónyuges.
- 2) Que la relación sexual exista sólo entre los cónyuges.
- 3) Que el hijo nazca como resultado de esa relación sexual.

En el derecho suizo se recoge la presunción de paternidad para favorecer la legitimidad del hijo. Sin embargo, en el Common Law había una presunción estricta en la que sólo el hijo nacido durante el matrimonio es hijo legítimo. Sin embargo, esta presunción era más favorable para el hijo que la segunda norma del referido texto suizo, es decir, no necesitaba tener la confirmación cierta de que la relación sexual existe sólo entre los cónyuges; así, es suficiente con que el hijo sea concebido y haya nacido durante el matrimonio para ser declarado hijo legítimo, aunque existiera la certeza de que la mujer tenía relación sexual con otro hombre. Si el marido no podía probar la imposibilidad de ser padre del hijo, el "Common Law" consideraba que era hijo le-

---

(76) Cc. español art. 79: La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.

(77) Dr. Peter Tour, Des Schweizerische Zivilgesetzbuch, Polygraphischer ver Lay Ag Zurich., 1968, P. 251.



gítimo de él como recoge la sentencia del caso de Ah Chuck V. Needham (78): Este caso consistía en que en un matrimonio europeo, nació un niño con rasgos parecidos a los asiáticos. La realidad era que la mujer había tenido relación sexual con un chino en el período de la concepción. El marido no pudo demostrarlo y el juez en la sentencia decía que la duda de la razón mencionada (los parecidos rasgos asiáticos) no podía destruir la presunción de paternidad; según el juez, si el marido todavía podía tener relación sexual con su mujer en el período de la concepción, tenía que aceptar el hijo "aunque la mujer tuviera relación sexual con un hombre, o dos, o veinte" (79). Según esta sentencia si el marido todavía podía engendrar el hijo y vivía junto con ella en el período de la concepción, el marido tenía que ser el padre del hijo conforme a la presunción de paternidad absoluta mencionada en el "Common Law". Esta presunción estricta tiene la intención de proteger el beneficio del hijo.

La presunción mencionada en el "Common Law" considera que la convivencia entre los cónyuges en razón al matrimonio es el estado de convivir juntos permanentemente entre un hombre y una mujer, y por tanto el hijo nacido bajo la norma presumida por la ley tendrá la posición de legitimidad desde el principio. Si alguien protesta esta presunción, tiene obligación de probar lo contrario para destruirla. Además, hay un plazo estricto para protestar, y si ha nacido el hijo y el marido no protesta en el plazo fijado, o protesta en este plazo y ésta es rechazada por el juez, entonces el marido queda como el padre legítimo del hijo aunque la concepción no sea por obra suya.

### 3.2.1. Presunción en el derecho comparado

En el derecho comparado los diversos ordenamientos civiles reconocen en sus Códigos la legitimidad del hijo de distinta manera, aunque pueden resumirse todas las posturas en tres generales,

---

(78) N.Z.L.R. 559 (1931).

(79) Gordon V. Gordon (1903) PP. 141-142, Per Sir Francis Tenning P.

como tres reglas genéricas. Son las siguientes:

- 1) Es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio.
- 2) Es hijo legítimo el nacido durante el matrimonio.
- 3) Es hijo legítimo el concebido y nacido durante el matrimonio.

Recogen la primera regla de que es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio, los Códigos francés, italiano, coreano, chino y japonés (80), etc. Estos Códigos enumerados establecen de modo explícito como podemos ver, la presunción de paternidad. Esta regla establece como el hecho decisivo a la concepción, y defiende de manera manifiesta al matrimonio más que otras reglas, considerando que es necesario estar casados para tener hijos, incluso para concebirlos.

Parece como si con esta regla se obligará a los cónyuges a que se casen antes de engendrar el hijo, aunque éste nazca luego en cualquier tiempo, esto no es lo importante para los ordenamientos que mantienen esta primera regla. Por esta regla puede probarse la paternidad fácilmente y de manera absoluta desde el nacimiento, porque si el hijo ha sido concebido antes del matrimonio, la ley no lo aceptará como legítimo. En este caso, el hijo o la

---

(80) Cc. francés art. 312, prop. 1ª: El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido.

Cc. italiano art. 231: El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio.

Cc. coreano art. 844: (1) El hijo concebido por la mujer durante la subsistencia del matrimonio será presumido hijo del marido.

Cc. chino (Taiwan) art. 1061: El hijo legítimo es aquél cuya concepción resulta del matrimonio.

Cc. chino art. 1063 ap.1: Cuando la mujer ha concebido durante el matrimonio, el hijo nacido se presume hijo legítimo.

Cc. japonés art. 772: El hijo concebido por la mujer durante el matrimonio será presumido hijo del marido.

madre tienen que ejercitar la acción de reclamación para que se declare que es hijo del padre.

Los Códigos que recogen la segunda regla, es decir, los que consideran que el nacido durante el matrimonio es el hijo legítimo son por ejemplo: el Código alemán, el filipino, el suizo, el thailandés y el Código español (81), etc. Consideran estos Códigos

---

(81) Cc. alemán art. 1591: Se presume hijo legítimo el nacido después de la celebración del matrimonio cuando ha sido concebido el hijo tanto antes o durante el matrimonio y siempre que el marido viva junto con su mujer en el período de la concepción. Se aplica también esta disposición en el caso de que el matrimonio sea declarado imperfecto. El hijo no es legítimo si según las circunstancias, es manifiesta la imposibilidad de que la mujer haya concebido por obra de su marido.

Si ha sido concebido el hijo antes de la celebración del matrimonio se considera hijo legítimo, puesto que se presume la convivencia del marido y la mujer en el período de concepción. Puede regir esta presunción también cuando se muere el marido sin desconocer la legitimidad del hijo.

Cc. filipino art. 255: Se presume hijo legítimo el nacido después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges.

Cc. suizo art. 252: Se presume hijo legítimo el nacido durante el matrimonio o antes de los trescientos días siguientes a la disolución de los cónyuges.

El hijo nacido después de los trescientos días no se presume legítimo.

Cc. thailandés art. 1536 ap.1: El hijo nacido de la mujer durante el tiempo que es la esposa del hombre (su esposo y presunto padre), o dentro de los trescientos diez días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del marido o sea del que era marido, respectivamente.

Cc. español artículo 116.

gos como hecho decisivo al nacimiento, el cual debe suceder durante el matrimonio o dentro del período fijado después de la disolución de los cónyuges, aunque haya sido concebido el hijo antes o después de la celebración del matrimonio. Esta regla intenta favorecer al hijo, especialmente al hijo concebido antes del matrimonio. Le da la oportunidad de ser hijo legítimo fácilmente si ha nacido después de celebrarse el matrimonio.

Esta regla intenta acomodar la ley a las nuevas tendencias, a los nuevos planteamientos sociales que se dan hoy día, como puede ser la mayor facilidad para que un hombre y una mujer tengan relaciones sexuales antes del matrimonio. Los Códigos que recogen esta regla, intentan favorecer la legitimidad de los hijos que puedan nacer de esas relaciones, y para ello establecen esta regla que va a considerar hijos legítimos a los nacidos en el matrimonio; con esto lo que se hace es dar la oportunidad de los futuros padres que casarse para rectificar la situación y legitimar a su hijo. Aunque la ley establece otras maneras para legitimar el hijo, por ejemplo: por el reconocimiento posterior o por contraer matrimonio los padres después del nacimiento del hijo. Las dos maneras pueden legitimar el hijo después de su nacimiento. Pero la celebración del matrimonio, antes del nacimiento del hijo, es la mejor manera de corregir esta situación y la más efectiva para el hijo, ya que el hijo así puede empezar su vida orgullosamente con su posición de legitimidad.

La tercera regla que considera que el concebido y nacido durante el matrimonio es el hijo legítimo es la más estricta. El "Common Law" de Inglaterra había utilizado este sistema y tuvo el problema de tener que rectificarlo, ya hace mucho tiempo, por su rigidez. Al final la Ley inglesa tiene que aceptar una regla más flexible, es decir, la posibilidad de que el hijo no matrimonial pueda ser considerado hijo legítimo. Siempre es utilizada esta regla en los ordenamientos jurídicos que habían estado bajo la influencia del derecho canónico.

Especialmente los países cristianos-católicos, mantienen esta tercera regla más estricta debido a que se prohíben las rela-

ciones sexuales entre hombre y mujer antes de contraer matrimonio, o con una persona que no sea el cónyuge correspondiente. Además, es en estos países en los que se mantiene esta regla estricta donde el matrimonio no puede disolverse más que por el fallecimiento de un cónyuge o por haber sido anulado por haber existido determinados vicios. El divorcio está prohibido absolutamente en estos países.

De todas estas premisas podemos concluir diciendo que en estos países donde rige la tercera regla sólo será hijo legítimo el concebido y nacido durante el matrimonio.

### 3.2.2. Presunción de paternidad en el derecho español anterior

El Código Civil antes de la reforma, formuló la presunción de paternidad de modo implícito, a través de la presunción de concepción y de la limitación legal a la prueba contraria a la paternidad del marido, formulación implícita que no ofreció duda a la doctrina y jurisprudencia española (82). El Código antes de la actual reforma del 13 de mayo de 1981, establecía sobre la presunción de la paternidad un sistema distinto al establecido en el Código de los diversos países que hemos visto; en la mayoría de los Códigos se establece de modo explícito.

El Código Civil antes de la reforma disponía sobre la presunción de paternidad en el derogado artículo 108:

"Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que

---

(82) La jurisprudencia reconoce que la presunción de paternidad está implícita en el artículo 108: SS. 15 octubre de 1960, 16 abril de 1969.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 284 "obra citada".

hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

Se presume, desde el principio hijo legítimo el nacido después de los ciento ochenta días, después de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días, siguientes a la disolución o a la separación de los padres.

El hijo nacido en el tiempo dicho, se presume hijo legítimo por considerar que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio, porque conforme a la regla de medicina legal, el período mínimo de gestación es de 6 meses, pues si el feto queda en el vientre menos de este tiempo, no puede vivir en el momento de nacer; y también, se dice que el período máximo de gestación es de trescientos días, pues el feto tampoco puede quedar en el vientre de la madre más de 10 meses.

Según esto, el hijo nacido antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y después de los trescientos días, siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges, no se considera hijo legítimo. Pero, se podía dar el caso de presumir hijo legítimo al nacido antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, si concurre alguna de las circunstancias del derogado artículo 110 y, también, podía presumirse hijo legítimo aunque hubieran transcurrido los trescientos días después de la disolución, según el derogado artículo 111. Ambos casos les comentaremos posteriormente.

FUNDAMENTO: El fundamento de la presunción de paternidad se basaba, para la generalidad de la doctrina, en los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (83). Pero la convivencia es una base más razonable, pues la fidelidad, por sí sola, no puede ser el fundamento de esta presunción, ya que el derogado artículo 109 establecía que: "el hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera". Este artículo demuestra expresa-

---

(83) Espín Cánovas, Diego, 1981. P. 285, "obra citada".

mente la legitimidad del hijo lo cual se presumía aunque la madre hubiera tenido relación sexual con otro hombre. Sobre la cuestión de la fidelidad de la mujer, (84) una explicación clásica, que se daba ya en la doctrina francesa y que arrancaba del antiguo Derecho, fue formulada por Durantón, el cual consideraba la presunción de paternidad del marido como algo que se derivaba de manera evidente de la fidelidad de la mujer; pero, tampoco esto puede ser aceptado a la vista del artículo 109 del Código español antes de la reforma.

Por lo que, más bien, habría que pensar que en el sistema del Código antes de la reforma, la presunción de paternidad se basaba en la convivencia matrimonial como principal fundamento (85).

En el párrafo 2º del derogado artículo 108, se aceptaba la prueba en contrario a la presunción de paternidad, pero, sólo la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. Con este plazo de los ciento veinte primeros días el legislador lo que intentaba era establecer la posibilidad de destruir la presunción, pues,

---

(84) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Derecho de Familia" II, 2ª edición, Librería Bosch, Barcelona 1975, P. 27.

(85) Rivero ponía de manifiesto la imposibilidad de apoyar en el Código la presunción en el deber de fidelidad, dado el texto del art. 109, insistiendo en la fundamentación de la cohabitación causal, aunque no esté nada claro el sistema del Código.

Por su parte, la jurisprudencia ha limitado acertadamente el alcance de la intrascendencia del adulterio de la mujer para la determinación de la paternidad declarando que el art. 109 "sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108" (S. 16 de abril de 1968). Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 285, "obra cit".

si el plazo mínimo de gestación es de 180 días, y el máximo de 300, hay que admitir, lógicamente, que si en los 120 primeros días de los 300 que precedieron al nacimiento, el marido no pudo cohabitar con su mujer, era posible que el hijo no pudiera ser concebido por obra suya, permitiéndole, entonces, la impugnación de su presunta paternidad.

Según esto, si el marido quería destruir la presunción de paternidad, sólo necesitaba aportar entonces una única prueba: la imposibilidad física para tener relación sexual con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo, sin poder aportar otra prueba, es decir, podemos concluir que se consideraban hijos legítimos, sólo, los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges, si el marido pudo tener relación sexual con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

### 3.2.3. El derecho español actual

El Código español después de la reforma formula, expresamente, la presunción de paternidad de la misma manera que en la mayoría de los Códigos de los países.

Aparece establecido en el artículo 116 de una manera completa y expresa:

"Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

La nueva ley establece la presunción de paternidad, desde la celebración del matrimonio, hasta que terminen los trescientos días después de la disolución o separación de los cónyuges. Se utiliza el plazo máximo de concepción para limitar la terminación de la presunción de paternidad. La presunción empieza desde la



fecha de la celebración del matrimonio, cosa que no recogía la presunción, según estaba redactada antes en el Código, la cual sólo se presumía después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración.

En esta nueva redacción hay dos novedades importantes a diferencia del derecho anterior (86):

1) Ahora, aparece de una manera clara la clásica regla "pater is est", cosa que antes sólo aparecía de modo implícito en el artículo 108.

2) Esta novedad es muy importante y profunda, ya que la presunción cubre, no sólo a los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, sino, a todo hijo nacido en matrimonio y engendrado, con toda seguridad, antes de su celebración.

Conforme a la nueva norma, es hijo del marido, el nacido después de la celebración del matrimonio. Por eso, si ha nacido el hijo un día sólo después de la celebración del matrimonio, se presume también hijo del marido. Según vemos, esta norma es más favorable para el hijo. Los hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio pueden ser considerados hijos del marido siempre que nazcan después de la celebración del matrimonio. Esta presunción recogida, ahora, por el Código Civil español, es la misma que la presunción de paternidad del derecho tailandés (87). Después de la reforma, y, como una de las principales conquistas, es que no hay diferencia en la posición legal entre los hijos, sean concebidos antes o después del matrimonio; si nacen en el matrimonio, todos serán hijos del marido.

Esta norma favorece la posibilidad de ser hijo legítimo más que la norma anterior, en la cual el hijo nacido antes de los

---

(86) Rivero Hernández, Francisco, El nuevo régimen de la familia: la filiación; editorial civitas S.A., Madrid 1ª edición, 1981, P. 24.

(87) Cc. tailandés artículo 1536.

ciento ochenta días después de la celebración podía ser hijo del marido, sólo, si existía alguna de las circunstancias que se establecía en el derogado artículo 110.

La presunción de paternidad según se deduce del artículo 116 se sustenta sobre dos puntos claves (88).

1. La cohabitación matrimonial o relación sexual de los cónyuges, que es a la vez un derecho y una obligación en el matrimonio.

2. La llamada presunción de concepción, que permite suponer que la concepción del hijo ha ocurrido en un determinado plazo (el llamado "período legal de concepción"), dentro de los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, plazo que es precisamente la diferencia entre los plazos de trescientos días y ciento ochenta días, que el legislador considera como máximo y mínimo de gestación, respectivamente.

La presunción de paternidad tiene como principios básicos, la convivencia de los cónyuges y la presunción de concepción. La cohabitación de los cónyuges se considera básica para la presunción, sólo, en la época matrimonial, porque es justo cuando ellos tienen obligación de vivir juntos ( artículo 68 Cc.). La ley no habla sobre la presunción de cohabitación entre los progenitores en las épocas marginales: así, cuando el hijo nace dentro de los primeros ciento ochenta días del matrimonio, lo cual supone que la concepción ha tenido que ser, forzosamente, antes del matrimonio, no se puede hablar de la presunción de cohabitación entre los presuntos progenitores antes del matrimonio, aunque ella sea probable. Lo mismo sucede cuando el hijo ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges; tampoco cabe presumir la cohabitación entre ellos después de la separación, aunque sea posible y no prohibida ni criticable. En este supuesto, la concepción se da

---

(88) Rivero Hernández, Francisco y otros..., 1981, P. 25 "obra cit".

después de la separación, en principio, porque no se puede presumir la cohabitación, como decíamos, ya que la separación ha de ser, precisamente, efectiva. Como el derecho no puede ignorar estas dos situaciones, dedica una regulación especial a las mismas, por medio de una presunción más atenuada, o de una presunción disminuida, que proviene de una explícita actitud, el consentimiento de los cónyuges: de ahí los nuevos artículos 117 y 118, que son la moderna traducción de los antiguos y polémicos artículos 110 y 111 del Código.

Esta presunción, todavía, sigue fijando los plazos mínimo y máximo de la concepción como los plazos establecidos en el derecho anterior, es decir, de 180 y 300, respectivamente, aunque ahora se presume hijo del marido el nacido, en cualquier fecha, después de la celebración del matrimonio; pero si ha nacido, dentro de los primeros 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede destruir esta presunción (89).

Desde el principio se presume hijo del marido aunque haya nacido antes del plazo mínimo, pero la ley todavía respeta el plazo de la gestación, por eso, se establece en favor del marido la posibilidad de que pueda desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. A este fin se encamina el artículo 117, como veremos seguidamente.

#### 3.2.4. Hijo nacido en los 180 primeros días del matrimonio

##### 3.2.4.1. Derecho comparado

El hijo nacido dentro de los 180 primeros días siguientes al de la celebración del matrimonio es del marido o no, según la disposición de los países. Conforme a los derechos alemán, suizo y thailandés (90), se presume hijo del marido al nacido

(89) Cc. español artículo 117.

(90) Cc. alemán art. 1591.

Cc. suizo art. 252.

Cc. thailandés art. 1536 ap.1.

después del matrimonio, por lo tanto, el hijo nacido dentro de los 180 primeros días del mismo es considerado hijo del marido. Pero respecto a los derechos coreano y japonés (91), el hijo nacido en estos días no es del marido, pues, se presume hijo de éste cuando ha nacido después de los 200 días. Por último, en el derecho filipino (92), si el hijo ha nacido antes de los 180 días no se presume hijo del marido, salvo que concurra alguna de estas circunstancias (93):

1. Haber conocido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo.

3. Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.

la regulación del derecho filipino en este supuesto es igual que la del derecho español anterior; vamos a analizarlo detalladamente en el siguiente apartado.

#### 3.2.4.2. En el derecho español anterior

En el supuesto de que el hijo naciera antes de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio, conforme al derecho anterior, no había problema porque, sólo, se presumía hijo legítimo del marido el nacido después de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución de los cónyuges. Por eso, el hijo nacido antes de los ciento ochenta días no era considerado hijo del marido, no necesitaba el marido impugnar la paternidad. Pero, la norma anterior establecía, también, en favor de los hijos nacidos en estos días, cuando concurrieran algunas circunstancias, la posibilidad de ser hijos legítimos; demostrando que el padre

---

(91) Cc. coreano art. 844.

Cc. japonés art. 772.

(92) Cc. filipino art. 255.

(93) Cc. filipino art. 258.

reconocía el hijo, se presumía, hijo legítimo del padre aunque naciera antes de los ciento ochenta días como, lo establecía el derogado artículo 110:

"Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurre alguna de estas circunstancias:

1. Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.

3. Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente".

Normalmente, el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días no era considerado hijo del marido, porque el período mínimo legal de la concepción es de ciento ochenta días, por lo tanto, si el hijo nacía dentro de esos días, legalmente, se suponía que había sido concebido fuera del matrimonio, y, por tanto, era ilegítimo (94).

Pero el derecho establecía la presunción de paternidad, en este caso, si concurrían determinadas circunstancias como hemos visto en el derogado artículo 110. El fundamento de este precepto (95), que aparece como contrario a la doctrina general sentada por el artículo 108, se ha pretendido encontrarlo en diversas teorías que giran en torno a si el hijo al nacer es legítimo, o más bien legitimado. En la doctrina española se sostenía sobre este punto:

a) que se trataba de un caso de verdadera legitimidad, favorecida por el texto terminante del artículo 110 (Manresa, De Buen);

---

(94) Espín Cánovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, vol. IV, Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª edición, Madrid, 1975, P. 310.

(95) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 311 "obra citada".

b) que se trataba de una legitimidad "sui generis", por nacer legítimo, pero siéndole de aplicación, no las reglas de la legitimidad de origen, sino las de la legitimación (Giménez Arnáu);

c) que se trataba de legitimación, y no de legitimidad originaria, porque los tres casos del artículo 110 implicaban un reconocimiento expreso o tácito, por el marido, de su paternidad, por lo que dicho artículo "se refiere, en consecuencia, a supuestos de filiación natural, reconocida y legitimada, por subsiguiente matrimonio, desde antes de nacer", tal como decía Royo (96).

El hijo nacido en los 180 primeros días era considerado hijo legítimo del marido, cuando concurriera alguna de las tres circunstancias siguientes: según establecía el artículo 110:

1. Que el marido conociera el embarazo de su mujer antes de casarse. Manresa (97) decía que si es el marido mismo quien alega haber conocido el embarazo, bastará su confesión; pero que si es la mujer quien lo afirma, estando muerto o ausente el marido en el momento de nacer el hijo, ante el silencio del Código se deberían aplicar los medios generales de la prueba.

Esta circunstancia que recogía el Código es la misma que la establecida en el derecho francés (98) e italiano (99). Sólo se diferencia en la manera en que se dispone, pero el propósito

---

(96) Manresa, Comentarios al Código Civil, I; De Buen, Notas I, 542; Giménez Arnáu, "Legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio". (Universidad, 1934, 957); Royo, Derecho de familia, 243. En la doctrina italiana, V. en favor de la legitimidad, Cicu, la filiación, P. 45 SS., que desarrolla con amplitud esta cuestión.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 311 "obra citada".

(97) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco, Librería Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1975, P. 24.

(98) Cc. francés art. 314.1.

(99) Cc. italiano art. 233.1.

final es el mismo que perseguía el Código Civil; es decir, en el derecho francés e italiano, el marido "no puede impugnar" la legitimidad del hijo nacido en los 180 primeros días después del matrimonio si conoce el embarazo de la mujer antes de casarse, mientras el derecho español "lo presumía" como hijo del marido si concurría esta circunstancia. Este caso es correcto, porque cuando el marido conozca el embarazo de la mujer antes de casarse y se casa con ella, se acepta tácitamente que el hijo es suyo, sea verdaderamente suyo o no.

2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz, es decir, el marido permitía al niño nacido de su mujer utilizar su apellido desde el momento de su nacimiento. Cuando existía esta circunstancia, se entendía que el marido lo reconocía como su hijo tácitamente.

3. Que el marido reconociera al nacido como hijo suyo expresa o tácitamente. (100) Se refiere a cualquier otra manifestación o conducta, y le es aplicable la doctrina de la posesión de estado. El conocimiento del embarazo de la mujer, antes de casarse, también, es una circunstancia de reconocimiento del hijo, tácitamente.

Existe una sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Diciembre de 1894, que establecía lo siguiente: "Nacido el hijo a los ciento cuarenta días de la celebración del matrimonio, y no habiéndose probado que el marido conociera al casarse el embarazo de su mujer, ni que hubiera reconocido como suyo a ese hijo, cuyo nacimiento no fue inscrito en el Registro Civil hasta dos meses después de la muerte del marido, que se ausentó poco después de su casamiento, y se opuso ante el párroco a que se bautizara como suyo, debe presumirse desde luego ilegítimo, con arreglo a los preceptos de los artículos 108 y 110 del Código Civil".

Por tanto, si concurría alguna de las tres circunstancias,

---

(100) Lacruz Berdejo, José Luis, 1975, obra citada, P. 24.

todavía se presumía hijo del marido. Pero, varios autores (101) -Castro Pérez, Castán, Puig Brutau- entendían que el marido podía impugnar la legitimidad, resultante del artículo 110, cuando su voluntad hubiese estado afectada de algún vicio del consentimiento. La norma derogada no establecía nada sobre la posibilidad de la impugnación de la paternidad, en el caso de que existiera algún vicio del consentimiento del marido, pero, la norma reformada dispone este caso expresamente en el artículo 138 y 141.

#### 3.2.4.3. El derecho español actual

La nueva redacción del Código Civil establece, en favor del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio, el ser presumido hijo legítimo del marido desde el momento de la celebración conforme al artículo 116. Ahora no hay diferencia entre la posición del hijo concebido antes del matrimonio y concebido después del mismo.

En un principio, el derecho parece favorecer exclusivamente al hijo, pero también se protege el interés del marido, cuando la presunción de paternidad produce el efecto contrario a la verdad, por permitir al marido destruir la presunción si el nacimiento del hijo ocurre en los primeros 180 días después del matrimonio tal como lo establece el artículo 117.

"Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad, expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo".

---

(101) Lacruz Berdejo, José Luis, 1975, obra citada, P. 24.



La acción de desconocimiento de la legitimidad del hijo conforme a este artículo es una acción especial diferente de la acción de impugnación de la paternidad. Este nuevo artículo regula lo preceptuado ya en el derogado artículo 110, pero con diferente redacción. De acuerdo con este artículo el marido puede destruir la presunción de la paternidad sin necesidad de ejercitar la acción judicial de la impugnación. Vamos a analizar este artículo detalladamente:

1) Si el nacimiento del hijo ocurre dentro de los 180 primeros días después del matrimonio, el marido puede "destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes...". En este caso, el nacimiento ha de tener lugar dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; al nacido durante ese período se le presume hijo del marido. Pero como ciento ochenta días o seis meses es el período mínimo para que el feto sea viable, si el hijo nace antes de transcurrir esos ciento ochenta días, hay que dejar funcionar la idea de que fue concebido antes del matrimonio. Por lo tanto, el derecho permite al marido destruir la presunción de la paternidad.

Podemos preguntarnos, ante esta declaración, ¿Qué quiere decir "declaración auténtica"?

Dicha expresión puede interpretarse en dos sentidos distintos: como declaración correspondiente al marido, y que no ofrezca dudas sobre su autenticidad, o bien como formalizada en documento auténtico.

Francisco Rivero Hernández (102) se declara partidario de la primera interpretación al afirmar: "Creo que debe significar que corresponde inequívocamente, con seguridad, al marido; autén-

---

(102) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús y Rivero Hernández, Francisco., "El nuevo régimen de la familia", 11, 1ª edición, 1981, P. 29.

tica como contraria a apócrifa. No parece aludir a ninguna forma especial ni pública, y sí sólo a garantizar que corresponde a la sola persona hábil para emitirla. Si ello es así, no creo que añada mucho aquel adjetivo, y que hubiera bastado hablar sencillamente de declaración (pues la no hecha por el marido será ineficaz e inocua); en todo caso deberá cuidar de su autenticidad la persona ante quien se emita".

A favor de la segunda interpretación, José Luis Lacruz Berdejo (103) afirma que una declaración de voluntad tan trascendente (su valor es equivalente al del ejercicio de una acción de impugnación en otros supuestos de hecho) ha de reunir todo tipo de garantías: no sólo en lo referente a la identidad de su autor, sino también sobre su sentido y alcance, la existencia de deliberación, el fin que pretende, etc. Prosigue Lacruz: "...lo cual hace aconsejable referir la autenticidad a la forma; el elemento interpretativo gramatical conduce -creo- al mismo resultado, pues el precepto exige, con relación al tiempo, que tal declaración sea formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto".

Como consecuencia de esta pregunta habría que hacerse otra pregunta, para evitar que surja una laguna legal, ¿ante quién deberá "formalizarse" la declaración en contrario del marido?.

Francisco Rivero Hernández (104) da una opinión que creo que es la más acertada y oportuna: "El órgano más adecuado parece ser el Registro Civil y sólo la llegada e incorporación al mismo creo que puede producir el efecto que el precepto comentado persigue, y pienso en este último sentido porque es posible que en busca de "autenticidad", el marido quiera dejar constancia notarial de su declaración; más entiendo que el hacerla ante Notario (y dígase lo mismo ante cualquier Autoridad o proceso), sin

---

(103) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Elementos de Derecho Civil", IV, "Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 625.

(104) Rivero Hernández, Francisco, "El nuevo régimen de la familia": "Filiación", 1981, P. 30 "obra citada".

más, es insuficiente hasta tanto llegue a su destinatario natural, el Encargado del Registro Civil, que la incorporará al acta de nacimiento del hijo cuestionado".

2) El marido debe destruir la presunción de paternidad "dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto". Esta norma establece, en favor del marido, en el caso de que decida realizar la acción de desconocimiento de la legitimidad del hijo, un tiempo más razonable, ya que se le concede un plazo de seis meses, siguientes al conocimiento del parto; plazo más amplio que el de dos meses, siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, de que disponía en el derogado artículo 113 para impugnar la legitimidad del hijo (105). No se cuenta el plazo desde el momento de la inscripción del nacimiento, sino, y mejor, desde el conocimiento del nacimiento del hijo.

Esta norma protege el interés del marido, se le concede más tiempo para desconocer la legitimidad del hijo. En el supuesto de que no conozca el nacimiento del hijo, el plazo no corre aunque exista la inscripción del nacimiento en el Registro.

3) Recoge este artículo 117 del Código Civil, a su vez, una excepción a la posibilidad de destruir el marido la presunción de paternidad; así se dice expresamente: "Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente, o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio".

La excepción mencionada es la misma que la recogida implíci-

---

(105) El derogado art. 113: La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausente, el plazo será de tres meses si residieran en España; y de seis meses si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará a contarse desde que se descubriere el fraude.

tamente en las circunstancias establecidas en el derogado artículo 110; si concurría alguna de ellas se presumía hijo legítimo el nacido dentro de los 180 primeros días después del matrimonio. Conforme al actual artículo 117, el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo nacido en los 180 primeros días si concurre alguna de estas circunstancias:

a) Que el marido reconozca la paternidad expresa o tácitamente. Este reconocimiento no exige ninguna fórmula especial, sino un simple acto por el que el marido demuestre el tratamiento de hijo al de su mujer, como si fuera suyo o cualquier acto del marido que por su contexto o significado pueda ser interpretado racionalmente como expresión o convicción de su paternidad ("yo diría aún más: la mera admisión o reconocimiento por su parte de haber mantenido relaciones sexuales con la madre en época hábil (106)").

Hay muchas maneras de la demostración del reconocimiento tácito de la paternidad, así el haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del niño (el derogado artículo 110.2); el mantener y educar al hijo como a uno suyo; o, el haber celebrado el marido con sus amigos el alumbramiento de su mujer en forma que todos atribuyeran la celebración al nacimiento de un hijo propio; o la búsqueda angustiosa por el mismo marido de una nodriza para el hijo tenido por su esposa.

El reconocimiento de la paternidad tanto de una manera expresa o tácita será obstáculo legal suficiente para el desconocimiento de la paternidad o para la posible destrucción de la presunción de paternidad que le afecta.

Sobre el reconocimiento de la paternidad puede plantearse un supuesto, y es el de si ¿cabe aplicarse la teoría del reconocimiento en el momento en que el feto está en el vientre de la madre?.

---

(106) Rivero Hernández, Francisco, "El régimen de la familia: filiación", 1981, P. 31 "obra citada".

Esta pregunta quiere decir que si el marido reconoce de manera expresa o tácitamente el feto como hijo suyo, mientras está en el vientre de la madre. ¿Podrá, después de nacer el hijo, el marido desconocer la legitimidad del hijo o no?.

El reconocimiento del feto que está en el vientre de la madre puede existir y darse como el reconocimiento del hijo después de nacer; sería este reconocimiento el acto por el que el marido demuestre a su mujer que acepta expresamente el feto como su hijo, por ejemplo: llevando a su mujer al médico muchas veces para que se cuide el feto o diciendo a los amigos que va a tener un hijo, etc. En este caso, creemos que el marido no puede desconocer la legitimidad del hijo después del nacimiento porque el reconocimiento del feto produce el mismo efecto que el reconocimiento del hijo después de nacer, generalmente cuando se den cuenta de este reconocimiento la gente que le conozca y le vea, es decir, terceras personas.

En el derecho de algunos países como el derecho thailandés, el reconocimiento de la paternidad del hijo no matrimonial produce el efecto de que este hijo pueda acceder al derecho sucesario (107).

Además se dictó una sentencia (108) en la que se decía que el feto que estando en el vientre de la madre era reconocido por el marido tendría acceso al derecho sucesorio, si subsistía después de nacer.

---

(107) Cc. thailandés art. 1627: El hijo no matrimonial que fuera reconocido por el padre y el hijo adoptivo serán considerados descendientes como los hijos matrimoniales, conforme al sentido de este Código.

Cc. thailandés art. 1629: Hay sólo 6 clases de herederos y están bajo el control del artículo 1632 ap.2, y cada clase tiene derecho sucesorio respectivamente lo siguiente:

1. Los descendientes, etc...

(108) La sentencia del T.S. de Thailandia, número 341/1959.

El reconocimiento de la paternidad es muy importante, pues el marido no puede destruir después la presunción de la paternidad, porque no puede realizar la acción contra sus propios actos.

Pero si el reconocimiento ha sido realizado por vicio de consentimiento del marido (es decir, mediante error, violencia o intimidación), a nuestro modo de ver, el marido no podrá destruir la presunción de paternidad mediante declaración auténtica, sino que deberá impugnarse la paternidad por vicio de consentimiento conforme al artículo 138, porque el procedimiento en el juicio es más justo y seguro que el que se sigue ante el Notario del Registro Civil.

b) Que el marido conozca el embarazo de la mujer antes de la celebración del matrimonio. Este caso, es una manera de reconocimiento tácito, y se recoge de la misma manera que en el derecho francés (109) e italiano (110) donde se establece esta circunstancia para prohibir al marido impugnar la legitimidad del hijo nacido dentro de los 180 primeros días después del matrimonio.

El derecho español no establece la excepción recogida en el Código tailandés, el cual dice que si el hombre y la mujer han tenido relación sexual(111) en el período legal de la concep-

---

(109) Cc. francés art. 314.1.

(110) Cc. italiano art. 233.1.

(111) Cc. tailandés art. 1540: Respecto al artículo 1539 (el cual trata de la impugnación de la paternidad) si el marido o el que era marido, en caso de disolución, puede probar que el hijo ha nacido antes de los 180 primeros días después de la celebración del matrimonio, no necesita aportar otra prueba para impugnar la paternidad.

El segundo párrafo de este artículo dice que lo mencionado en el primer párrafo no rige en el caso de que el marido o el que era marido hubiera tenido relación sexual con la mujer en el período legal de la concepción (entre 180 días hasta 310 días antes del nacimiento, tal como establece el artículo 1539).

ción, y, hay que deducir, aunque no lo dice expresamente este artículo que debe ser antes de casarse, el hombre ya no puede impugnar la paternidad.

El derecho español, por el contrario no establece como el derecho thailandés esta excepción, y por tanto, si el marido había tenido relación sexual con la mujer, en el período legal de la concepción, antes de casarse, pero no reconoce en ningún momento la paternidad, expresa o tácitamente, o no conoce el embarazo de la mujer antes del matrimonio, puede destruir la presunción de paternidad. Pero también si existe esta circunstancia, la mujer puede defender la legitimidad de su hijo por medio de la prueba general o la prueba biológica conforme al artículo 127.

4) Recoge este artículo 117 también una contraexcepción para el caso de conocimiento del embarazo de la mujer antes del matrimonio. El marido todavía puede desconocer la legitimidad del hijo aunque conozca el embarazo de la mujer antes de casarse si hubiere declaración auténtica (de no paternidad) con el consentimiento de ambos (el marido y la mujer).

El precepto dice "con el consentimiento de ambos", pero el del marido parece que debe considerarse ínsito en la declaración; y que el de la mujer equivale también, dado su carácter de declaración de ciencia, no de voluntad, a la declaración enervante de la presunción; sin embargo, para este consentimiento de ambos no requiere el precepto forma auténtica (112).

Pero necesita formalizar esta declaración auténtica antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

El marido tiene que formalizarla dentro del plazo mencionado, no dándole la oportunidad al marido de formalizar esta declaración auténtica dentro de los seis meses siguientes "al conocimiento" del nacimiento, porque ambas cosas son situaciones distintas.

---

(112) Lacruz Berdejo, José Luis, 1982, obra citada, P. 626.

Así la formulación de la declaración auténtica en el primer supuesto del artículo 117, o sea, en el caso de que el marido no conozca el embarazo de la mujer, antes de casarse, debido a la dificultad que tiene el marido para saber el momento del nacimiento del hijo (ya que es posible que la madre le oculte el nacimiento) debe ser realizada dentro de los seis meses siguientes al "conocimiento" del parto. El derecho le concede una posibilidad más clara y eficiente de desconocer la legitimidad del hijo que en el segundo supuesto de este artículo. Este segundo supuesto, de la contraexcepción, por el contrario, le concede al marido la posibilidad del desconocimiento de la legitimidad mediante una declaración auténtica, pero formulada dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo; y esto es así, precisamente, porque el marido ya conoce el embarazo de la mujer antes de casarse y puede saber cuál va a ser el momento del nacimiento del hijo.

Esta formulación de la declaración auténtica puede realizarse, antes o después del matrimonio, pero en todo caso dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo y con el consentimiento de ambos. De acuerdo con esto, si el marido no la formaliza en el plazo fijado, no podrá ser destruída la presunción de paternidad.

Pero en este caso, si el consentimiento de la mujer para formalizar la declaración auténtica (de no paternidad) con el marido ha sido viciado (es decir, ha consentido mediante error, violencia o intimidación), en nuestra opinión que la mujer puede impugnarlo. Esta declaración alegando el vicio de su consentimiento conforme al artículo 138 para que se declare judicialmente que el hijo es de su marido.

5) Las reglas del artículo 117 y sus excepciones producen sus efectos únicamente en lo referente a la presunción de paternidad del marido, pero no es su efecto impedir ni prejuzgar el ejercicio de las acciones de filiación. Aunque el marido haya destruído la presunción mediante declaración auténtica en contrario, formalizada dentro del plazo establecido, será posible reclamar la filiación matrimonial (arts. 132 y ss.); incluso en el caso



de que el plazo para destruir la presunción haya transcurrido sin que el marido haya emitido la declaración, podrá impugnarse la filiación matrimonial del hijo (arts. 136 y ss) (113).

6) Sobre la destrucción de la presunción de la paternidad conforme al artículo 117, un prestigioso autor (114) dice que "es discutible si la destrucción de la presunción por la declaración auténtica permite la rectificación del asiento que se hubiera practicado ya en el Registro Civil. Nuestra opinión es contraria a ello. En ese caso, tendrá el marido que ejercer la acción para anular la inscripción. Lo que ocurre es que en tal caso no soporta la carga de la prueba de otra filiación distinta".

### 3.2.5. Hijo nacido en los 300 días posterior a la disolución del matrimonio.

Sobre el hijo nacido en los 300 días después de la disolución del matrimonio, no hay problemas, ya que se presume hijo del marido, porque se considera que la concepción del hijo ha ocurrido durante el matrimonio. En el derecho comparado, al menos en la mayoría de los derechos, al igual que en el derecho español se establece lo mismo sobre el período de la concepción y la presunción de la paternidad; sólo se establece de diferente manera sobre el comienzo de la presunción, en el derecho de algunos países, como el derecho filipino (115), donde el período de la presunción empieza después de los 180 días siguientes a la celebra-

---

(113) Lacruz Berdejo, José Luis, 1982, obra citada, P. 627.

(114) Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia, 2ª edición, Editorial Tecnos, 1982, P. 328.

(115) Cc. filipino art. 255: "Se presume hijo legítimo el nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges, (como vemos, como la regulación anterior del Cc. español).

ción del matrimonio, mientras que en el derecho de algunos países, como el derecho thailandés (116) y el español (117), desde la última regulación de 13 de mayo de 1981, empieza desde la fecha de la celebración del matrimonio. Por el contrario, se establece lo mismo respecto al período máximo de la concepción y la terminación de la presunción; así, en la mayoría será a los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, aunque también hay algunas excepciones, para confirmar la regla, como son el derecho alemán, que lo fija en 302 días o el derecho thailandés que da un plazo de 310 días.

Por tanto, en el derecho comparado y en el derecho español, el hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio es considerado hijo legítimo del marido por la presunción de paternidad. Si el padre quiere desconocer el hijo, podrá ejercitar la acción de impugnación de la legitimidad del hijo, incluso también según recoge el derecho de algunos países se le permite impugnar por la prueba contraria, limitadamente, o ampliamente según otros países, como veremos posteriormente en el tema de la impugnación de la presunción de paternidad.

En el derecho español, se establece sobre la impugnación de la legitimidad del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio de diferente manera a como lo hacen en el derecho de otros países, como hemos estudiado. Y esto es así, porque el marido puede destruir la presunción de la paternidad mediante la declaración auténtica en contrario for-

---

(116) Cc. thailandés art. 1536 ap.1: El hijo nacido de la mujer durante el tiempo que es la esposa del hombre (su esposo y presunto padre) o dentro de los trescientos diez días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del marido, o sea del que era marido, respectivamente.

(117) Cc. español art. 116: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

malizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto conforme a lo dispuesto en el artículo 117, mientras que en el derecho de los otros países, hay que ejercitar la acción de impugnación de la paternidad. Sobre el hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución, si el padre quiere desconocer la legitimidad del hijo, puede hacerlo de una única manera, y es ejercitando la acción de impugnación; no puede desconocer, en este supuesto, a través de la declaración auténtica como en el caso del hijo nacido dentro de los 180 días después del matrimonio. El padre puede aportar todas las pruebas que precise para impugnar la legitimidad del hijo nacido dentro de los 300 días después de la disolución del matrimonio como veremos posteriormente.

### 3.2.6. Hijo nacido después de los 300 días posterior a la disolución del matrimonio.

Como hemos estudiado se formula la presunción de la paternidad en la mayoría de los Códigos de los diversos países de la siguiente manera: se presume hijo legítimo del marido el nacido después del matrimonio, o después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges. Hemos analizado dos supuestos de esta presunción, como son, el nacimiento del hijo dentro de los 180 días después del matrimonio, y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio. Ahora vamos a tratar de profundizar sobre el supuesto del hijo nacido con posterioridad a los 300 días después de la disolución o de la separación de los progenitores.

#### 3.2.6.1. Derecho comparado

Normalmente, en la mayoría de los Códigos de los países no se presume hijo legítimo del marido al nacido después del período legal de la presunción de paternidad. Pero puede existir el supuesto de la mayor duración del embarazo y los Códigos de algunos países admiten la posibilidad de que la gestación pueda ser más

corta o larga, aunque otros no.

Los países en que se considera, absolutamente, que no es hijo del marido el nacido después de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges, y no admiten la prueba de que el embarazo había durado más de los 300 días, son: Francia, Italia, Thailandia, República coreana y Japón.

La jurisprudencia y doctrina francesa consideran "iuris et de iure" la presunción de concepción, siendo inadmisibles, por tanto, la prueba de una mayor duración del embarazo (118), y la misma posición encontramos en la doctrina y jurisprudencia italiana (119).

Las normas francesa e italiana consideran la presunción de la concepción de una manera absoluta, igual que las doctrinas coreana, japonesa y thailandesa. El hijo nacido después de transcurrido el plazo legal máximo en que se presume la paternidad 300 días después de la disolución del matrimonio no es considerado hijo del marido y no puede demostrarse lo contrario con ningún tipo de prueba, ni con la de la gestación prolongada.

La jurisprudencia y doctrina de otros países como la alemana (120), suiza, portuguesa (121) y china (122) no consideran que

(118) Colin y Capitant, 1, 543, 2ª edición esp.; Marty y Raynaud, Droit Civil, I, núm. 464, etc.

Espín Cánovas, Diego, "Manual de Derecho Civil Español", vol. IV, Familia 6ª edición, 1981, P. 283.

(119) Cicu; Barassi; D'Angelo; Ruggiero-Maroi, Ist., P. 278; Trabucchi, Ist., núm. 120, etc.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 283 "obra citada".

(120) Cc. alemán art. 1592, ap.2: Si se prueba que el hijo ha sido concebido durante un período más lejano; más allá de los 302 días antes del nacimiento, ese período es reputado época de la concepción, en favor de la legitimidad del hijo.

(121) Cc. portugués de 1966, art. 1798: Es admitida en cualquier caso acción judicial encaminada a probar que el período de gestación del hijo fue inferior a 180 días o superior a 300 días.

(122) Cc. chino art. 1062: El período de la concepción es entre

es hijo del marido el nacido después del período máximo, pero sí admiten la prueba de la gestación prolongada, que demuestre la posibilidad de que la concepción ha ocurrido antes de la disolución del matrimonio.

El Código Civil suizo no establece expresamente la admisión de esta prueba, pero hay una doctrina que defiende que "el Código Civil suizo limita la presunción de la concepción a los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, por lo que el nacimiento posterior requiere la prueba de los medios ordinarios, sin que la doctrina plantee dificultad en admitirla (123).

La admisión de esta prueba siempre es posible en el caso de que haya nacido el hijo inmediatamente después de los plazos legales siguientes a la disolución del matrimonio. Si ha nacido el hijo en un tiempo más lejano que el período legal máximo, es difícil admitir y aportar esta prueba.

Sobre este supuesto, el derecho filipino establece en su artículo 261 lo siguiente:

"No existe presunción de legitimidad o ilegitimidad del hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges, cualquiera que alegue la legitimidad o ilegitimidad de este hijo deberá probar su alegación".

Conforme a este artículo, podemos apreciar que el derecho filipino tiene una norma más flexible, no tan rígida como en el derecho de algunos de los países anteriormente citados. El hijo

---

los ciento ochenta y un días y los trescientos dos días, ambos inclusive, antes del día del nacimiento del hijo.

Cuando se puede probar que la concepción ha tenido lugar dentro del período superior a los trescientos dos días mencionados, este período es considerado período de la concepción.

(123) Cc. suizo art. 252 ap.2: El hijo nacido después de los 300 días no se presume legítimo. En la doctrina: Tuor, "Le code civil suisse", P. 210, 2ª edición, fr., etc.

nacido después de los trescientos días no se presume hijo legítimo ni ilegítimo, cualquier persona que alegue la legitimidad o al contrario, la ilegitimidad, tendrá que probarla. Es lógico que en el caso de que el hijo haya nacido después de los 300 días no se presuma hijo legítimo del marido y si alguien quiere alegar su legitimidad, deberá probarla, pues, es posible que se dé el caso de una mayor duración del embarazo.

El hecho de que no exista la presunción de ilegitimidad y deba probarla la persona que la alegue, es dudoso, pues, ¿por qué se exige probar la ilegitimidad cuando el hijo ha nacido después de los 300 días? y, si nadie alega dicha ilegitimidad, ¿cuál es el estado de este hijo?, ¿es legítimo?. Este supuesto es parecido al regulado en el derogado artículo 111 del Código Civil español anterior, del cual existían diversas interpretaciones, como vamos a analizar seguidamente.

#### 3.2.6.2. Derecho español

##### 3.2.6.2.1. El derecho español anterior

El nacimiento del hijo después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges cae fuera del período legal de la concepción, que termina el día trescientos, y, por lo tanto, el hijo nacido después de ese período temporal nace ilegítimo (124), conforme se establece en el derogado artículo 108. Pero había otro artículo que parecía oponerse a éste, es el derogado artículo 111, que disponía lo siguiente:

"El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y la madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

Hemos estudiado que los profesionales del derecho han inter-

---

(124) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 311, "obra citada".

pretado el derogado artículo 111 en base a la admisión de la prueba de mayor duración del embarazo, aunque el derogado artículo 108 estableciera la presunción de paternidad de un modo absoluto; pero si la madre podía aportar esta prueba, el hijo era considerado hijo del marido aunque naciera después de los 300 días desde la disolución del matrimonio o la separación de los cónyuges.

Conforme al derogado artículo 108, "no" se presumía hijo del marido al nacido después de dicho plazo, pero del derogado artículo 111 disponía que el marido o sus herederos "podían" desconocer la legitimidad del hijo nacido en esta condición. Según esto podía existir el problema de que mientras el marido o sus herederos no desconocían la legitimidad del hijo, éste era hijo ilegítimo o no. La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones del derogado artículo 111 para resolver la dificultad planteada. Estas son las siguientes:

1) Según la primera interpretación, se estima legítimo al hijo mientras el marido o sus herederos no desconozcan su legitimidad, teoría que se basa en la interpretación del derogado artículo 111, conforme a su tenor literal, ya que habla de "legitimidad", y es un argumento de carácter histórico. En efecto, este artículo, que en España tiene sus precedentes en el Proyecto de 1851 y en la ley de matrimonio civil de 1870, procede del Código francés (artículo 315), en el que originariamente fue redactado en sentido contrario, es decir, de acuerdo con los plazos señalados para la concepción, pero fue rechazado por el Consejo de Estado, alegando que no había por qué declarar de pleno derecho la ilegitimidad del hijo mientras su legitimidad no perjudicase a alguien (125), variándose en virtud de este razonamiento la redacción originaria del precepto. Ambos argumentos, de interpretación

---

(125) "Un interés particular -dijo el Tribuno Duveurier- no puede ser combatido más que por un interés contrario...; si el estado del hijo no es atacado, le ampara el silencio que a nadie le interesa romper".

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 312, "obra citada".

literal e histórica, han servido de base a la doctrina para afirmar la legitimidad del hijo en tanto el marido no desconozca la legitimidad (126).

Tanto Sánchez Román, Mucius Scaevola como Manresa (127) están de acuerdo con esta teoría.

Conforme a la primera teoría, se presumía hijo legítimo del marido al nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges. Pero esta presunción de paternidad es más débil que la del derogado artículo 108, y para destruirla bastaba el mero desconocimiento del marido o sus herederos, sin carga probatoria alguna. Lacruz y Sancho (128) admitieron que esta presunción de legitimidad era mucho más débil que la del derogado artículo 108.

Así lo afirman las sentencias 3 de abril de 1893, 18 de junio de 1900 y 17 de marzo de 1972: "el artículo 111 Cc.- dice esta última claramente da a entender que los hijos nacidos en esas condiciones, se presumen legítimos, aunque con presunción más débil que la del artículo 108, puesto que para destruirla basta el mero desconocimiento que manifieste el marido respecto a tal legitimidad, sin imponerle a él o a sus herederos carga probatoria alguna" (129).

---

(126) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 312, "obra citada".

(127) Según Mucius Scaevola, "el nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges se presumirá legítimo si el marido o sus herederos no impugnan su legitimidad en el tiempo señalado en el artículo 113".

Com., al art. 110 T. III, P. 90 edición 1890, Manresa Com. al art. 11.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 312 "obra citada".

(128) Lacruz Berdejo, José Luis, "Derecho de Familia 11", 2ª edición, 1975, P. 26.

(129) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de la Familia 11, 2ª edición, 1975, P. 26.



Manresa está de acuerdo con esta primera interpretación, pero añade además una opinión sobre la frase "hijo nacido después de transcurridos trescientos días"; dice Manresa que si ni el padre ni los herederos desconocen al nacido, por cualquier causa que sea, esta falta de desconocimiento produce el efecto de consolidar la legitimidad; pero, ¿qué límites tienen las palabras "después de transcurridos trescientos días"?. Porque después de los trescientos, son cuatrocientos, seiscientos o mil, suponiendo que la madre no se haya vuelto a casar desde que fue libre para ello. El Código no ha estimado oportuno, piensa Manresa, hacer más precisiones al respecto, pues está fuera de duda que el hijo nacido a los cuatrocientos días no puede ser hijo del marido, sino natural de la madre; pero hubiera podido hacer una referencia al dictamen pericial tocante a los nacimientos tardíos, (que han de moverse, como sabemos, dentro de unos límites temporales, después de los cuales no hay necesidad de desconocimientos ni medios hábiles de probar la legitimidad (130)).

2ª) En la segunda interpretación, el hijo era considerado ilegítimo aunque el padre todavía no lo desconociera. Esta teoría confirmaba al derogado artículo 108 estrictamente; el marido no necesitaba impugnar la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días ni desconocerlo, bastándole desconocer su legitimidad en el caso de que haya sido inscrito en el Registro Civil como legítimo (131). Con esta interpretación, la madre y el hijo pueden justificar la paternidad del marido cuando éste desconociera la legitimidad del hijo.

---

(130) Manresa y Navarro, José María, "Comentarios al Código civil español", Tomo I, Inst. Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1956, P. 672.

(131) De Diego, 11, 509; Valverde, IV, 410; De Buen, I, 568; Castán, 8ª edición. VII, 24; V. en favor de la ilegitimidad originaria, con referencia al nuevo Código italiano, D'Angelo, 38 SS.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 313 "obra citada".

En este caso, creemos que el marido o sus herederos pueden desconocer la legitimidad del hijo, no sólo en el caso de que haya sido inscrito en el Registro Civil como legítimo, sino también en otro caso, por ejemplo: el marido ha muerto y entonces, la madre y el hijo reclaman el derecho a la sucesión, pero los herederos del marido pueden desconocer la legitimidad del hijo; entonces la madre y el hijo pueden justificar la paternidad del marido, de acuerdo con esta segunda teoría.

Esta teoría necesita una fundamentación sobre la posibilidad de probar la paternidad, porque el derogado artículo 111 permitía a la madre y al hijo justificar la paternidad del marido. Para Castán, partidario de la ilegitimidad, el derecho de probar la paternidad "atenúa la inflexibilidad de los plazos del artículo 108, reconociendo la posible realidad de nacimientos tardíos posteriores a los 300 días", alegando en favor de esta interpretación que de la Exposición de Motivos de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, precedente inmediato del artículo 111, se deducía que había sido tenida en cuenta esta posibilidad (132).

Esta interpretación no concuerda con el tenor literal del derogado artículo 111: si el marido o sus herederos "pueden desconocer" la legitimidad es porque previamente se presume. Por otra parte -según opinaba Manresa- la presunción del artículo 108 no tiene viceversa (133).

---

(132) Castán, 8ª edición, V, II, 22; admiten también la posibilidad de probar el parto tardío, Manresa (Com. al artículo 111, P. 473) y Valverde (IV, 10, 5ª edición). Manresa, después de admitir la posibilidad de probar el parto retrasado por virtud del artículo 111, añade "pero no será tan frecuente esta excepción como la de que después de la separación legal efectiva hubo entrevista y acceso entre marido y mujer". (Comentario al artículo 111, T, I, P. 474, 2ª edición).

Espín Cánovas, Diego, 1975, PP. 313-314 "obra citada".

(133) Lacruz Berdejo, José Luis, 1975, P. 26 "obra citada".

Por eso, el hijo nacido fuera del plazo de la presunción de paternidad es hijo ilegítimo. Según Manresa (134).

De acuerdo con la segunda interpretación, unas sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1893 y 18 de junio de 1900 declaran que el depósito judicial de la mujer casada constituye el estado de separación legal y efectiva de los cónyuges, a los efectos del artículo 111 del Código, por lo que los hijos nacidos después de los trescientos días de la separación -o fuera del tiempo que el artículo 108 prefija- habrán de presumirse ilegítimos, mientras no se pruebe la paternidad o resulte natural consecuencia del mismo artículo, por justificarse que no fue real y efectiva esa separación.

3) Sobre la tercera interpretación, Royo distinguía entre la disolución del matrimonio y la separación de los cónyuges. En el caso de la disolución del matrimonio por muerte del marido o por nulidad del matrimonio o divorcio, desaparecía toda presunción de legitimidad transcurridos los trescientos días. En el caso de la separación, es decir, mientras subsista el vínculo matrimonial (separación judicial provisional o definitiva), puede existir la posibilidad física y jurídica de unión carnal entre los cónyuges, (pues dicha unión no sería ilícita e incluso podría

---

(134) Manresa y Navarro, José María, "Comentarios al Código civil español", Tomo I, Inst. Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid, 1956, P. 666.

"La redacción del presente art. confirma, a primera vista, la teoría de que la presunción de legitimidad del art. 108 no tiene viceversa y, por tanto, que si los hijos nacidos en aquellas condiciones son por la ley legítimos, al no interponer el marido la prueba del párrafo 2º, los nacidos en otras condiciones también lo son preceptivamente, cuando ni el marido ni los herederos, en su caso, se oponen a ello. No otra cosa significa el uso de la palabra "legitimidad" aplicada a los nacidos después de los días de la disolución del matrimonio o de la separación".

implicar perdón tácito por parte del cónyuge agraviado) subsiste la presunción de legitimidad, amparada en el artículo 111 del Código y 52 (antiguo) de la Ley de Registro (135).

De Diego coincide también con esta teoría, y piensa que el derogado artículo 111 permitía a la madre y al hijo probar la paternidad del marido, sólo, en el caso de separación legal, por creer que la frase "en este caso", referida por la última parte del artículo, es decir, al de "separación legal efectiva", excluyéndose así el de disolución del matrimonio (136).

Sobre las tres interpretaciones (137) los profesionales del derecho estiman que la interpretación más razonable con el sistema de filiación legítima establecido en el derogado artículo 108, es la que estima la ilegitimidad originaria del nacido después de los 300 días de la disolución o separación del matrimonio. Por lo tanto, las consecuencias de este precepto serán:

a) El marido no necesita impugnar la legitimidad del hijo, sino sólo realiza una acción de simple desconocimiento.

b) El derecho permitía al marido desconocer la legitimidad del hijo y también se permitía a la madre y al hijo justificar la paternidad. El derogado artículo 111 establecía dos supuestos: disolución del matrimonio y separación legal efectiva de los cónyuges y la mayoría de los profesionales del derecho estiman que el precepto no distinguía claramente, por eso, la madre y el hijo podían justificar la paternidad en los dos supuestos (138), pero en el caso de la disolución por muerte del marido y por nulidad

---

(135) Royo, P. 246. S.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 314 "obra citada".

(136) De Diego, 11, 509 (Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 314 "obra citada").

(137) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 314 "Obra citada".

(138) Para De Diego y Royo, el precepto se refiere al caso de separación legal efectiva tan sólo.

Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 315 "obra citada".

del matrimonio se admitía sólo la única prueba de la posibilidad del parto tardío contra la presunción del derogado artículo 108, mientras que la separación legal encontraba fácil fundamento en la subsistencia del vínculo y la probabilidad de reunión ulterior no reprobable (139).

### 3.2.6.2.2. El derecho español actual

En el derecho español actual, se establece una disposición clara y expresa para resolver los posibles problemas que pueden existir en el supuesto del nacimiento del hijo después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges; como hemos estudiado, podía existir problema en este supuesto sobre todo tal y como estaba redactada la norma derogada porque ésta no lo disponía claramente y se podían realizar diversas interpretaciones del derogado artículo 111, sin darse una solución concreta al problema.

El hijo nacido después de ese tiempo no es protegido por la presunción de paternidad del artículo 116, y, por tanto, no puede ser atribuido, en principio, al marido, conforme al derogado artículo 111 el marido "podía" desconocer la paternidad del hijo nacido en esta condición, por eso, debido a su redacción (140) se podían hacer varias interpretaciones de que este hijo era, legítimo o no, mientras que el marido todavía no desconociera. La norma actual resuelve las vacilaciones doctrinales de la anterior por permitir a los cónyuges inscribir la filiación como matrimonial, con el consentimiento de ambos; pero, sólo en el caso de que haya separación legal o de hecho tal como se dice en el artículo 118:

"Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos".

---

(139) Espín Cánovas, Diego, 1975, P. 315 "obra citada".

(140) Artículo 111 del Cc. anterior.

Vamos a analizar detalladamente este artículo:

1) Se establece, sólo para el hijo al que no se le puede aplicar la presunción de paternidad, es decir, el hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges. El hijo nacido después de estos días no es considerado hijo legítimo del marido (artículo 116). El artículo 118 se refiere de modo específico, sólo, al nacido después de los 300 días siguientes a la separación legal, o de hecho de los cónyuges, y no dice nada sobre el caso de la disolución del matrimonio.

La separación legal es la separación de cuerpos tramitada en procedimiento judicial y establecida por decisión de la autoridad judicial. Así pues, los trescientos días han de comenzar a contarse a partir del momento de la diligencia judicial, en virtud de la cual se haya separado efectivamente a los esposos. Fuera de este caso, la fecha será la de la sentencia. Cualquier otra posible separación durante el procedimiento, si no consta por medio de la diligencia correspondiente, habrá de considerarse como separación de hecho; aunque parece lógico estimar que se presume la existencia de separación previa de hecho en los cónyuges que se deciden a iniciar un litigio.

La separación de hecho plantea el problema de la falta de seguridad con respecto al momento en que comenzó; si no existe una constancia expresa, la prueba recaerá sobre quien lo alegue (141).

Sobre la "separación legal" un autor (142) dice que "no debe constreñirse, en este precepto, a la autorizada en sentencia

---

(141) Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio, "Sistema de Derecho civil", Vol. IV, "Derecho de Familia", 2ª edición, Editorial Tecnos, 1982, PP. 326-327.

(142) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Elementos de Derecho Civil", IV, "Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 628.

firme, estimatoria de la demanda de separación conyugal; abarcará también, según creo, la situación de separación autorizada, como medida provisional, por el juez que conoce la demanda de divorcio, y aún de la nulidad (pues se trata de un efecto del matrimonio nulo, anterior a que lo sea declarado, y relativo a los hijos)".

2) El hijo nacido en la condición mencionada es protegido, claramente por esta norma reformada. En tal caso, se dice "...podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos". Este hijo puede ser considerado hijo matrimonial por inscribirse la filiación como matrimonial, con el consentimiento de los progenitores. Este precepto requiere el consentimiento de ambos, porque se supone que después de la separación, puede existir la reunión de los cónyuges, e incluso la reconciliación. Por eso, si existe relación entre los cónyuges, se considera relación de hecho y si ha nacido el hijo, puede considerarse que es el efecto de la relación después de la separación y por tanto se requiere el consentimiento de ambos, para inscribirse como matrimonial. Si uno de los cónyuges no consiente, no puede inscribirse esta filiación. El derecho no ignora la relación después de la separación ni establece la presunción de paternidad en este caso, por tanto, el consentimiento de ambos es muy importante para determinar la filiación como matrimonial.

3) Respecto al consentimiento de los dos, el derecho lo establece razonablemente, porque es un supuesto fuera de la presunción de paternidad; si ambos consienten para inscribir esta filiación como matrimonial, es consecuencia de la aceptación de que el hijo ha nacido de la relación sexual entre ellos, después de la separación. (143) Caso de que no haya consentimiento acorde de ambos cónyuges para esa inscripción, resultará obligado el ejercicio

---

(143) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús y Rivero Hernández, Francisco, "El nuevo régimen de la familia", II, 1ª edición, 1981, P. 33.

de una acción de reclamación de la filiación por quien la pretenda según las normas generales (artículo 132 y siguientes del Cc. después de la reforma).

4) Este precepto puede resolver sólo el caso del hijo nacido después de los 300 días siguientes a la separación efectiva de los cónyuges; no puede regir para el caso de la disolución del matrimonio porque el nacimiento del hijo a consecuencia de unas relaciones habidas tras la disolución de los progenitores, ya no casados, no puede dar lugar a una filiación matrimonial (144). En el supuesto de la separación de los cónyuges, se considera que todavía son esposos, aunque no tienen la obligación de convivencia por la separación, por eso, es más fácil inscribir la filiación como matrimonial.

Siguen existiendo problemas en este precepto (artículo 118), aunque sean de menor gravedad y de solución más concreta (no son interpretativas) que en el derogado artículo 111, pues si uno de los cónyuges no presta el consentimiento para inscribirse la filiación, este precepto no nos sirve en absoluto para resolver el problema, ni tampoco resuelve el supuesto que se plantea cuando falta la presunción de paternidad por causa de la disolución del matrimonio. Por tanto, el hijo nacido en estas condiciones tendrá la consideración de no matrimonial (145), porque la nueva regulación resulta diferente al artículo 111 derogado, que podía interpretarse en el sentido de que mientras el marido no desconociera la legitimidad del hijo, éste habría de presumirse legítimo, conforme a la primera interpretación de este derogado artículo.

Sobre este problema, el derecho actual no establece la solución; por eso, podemos considerar que este hijo tendrá la condición de no matrimonial.

5) Sobre este artículo 118, Lacruz Berdejo (146) estima que

---

(144) Rivero Hernández, Francisco y otros..., 1981, P. 33 "obra citada".

(145) Cc. español art. 116.

(146) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "obra citada", PP. 628-629.



esta norma no ha previsto una posible reconciliación entre los cónyuges separados; reconciliación estable o transitoria. Acaso porque el Proyecto hablaba de "separación efectiva" y al sustituir la ley esta expresión por la de "separación legal o de hecho", la nueva regulación ha olvidado esos supuestos contemplados por la anterior; al menos en lo que se refiere a la separación legal (alternativa y no acumulativa con la de hecho). Parece lógico que la reconciliación estable de los cónyuges separados, incluso la efectuada dentro de la estricta intimidad, sin la correspondiente notificación al juez; restablece la presunción de paternidad del marido, aunque dentro de unos límites (pues estará en vigor la exigencia de que el alumbramiento se produzca, no sólo trescientos días después de la separación, sino, también ciento ochenta después de la reconciliación). En la reconciliación pasajera no parece que pueda considerarse suficiente para servir de fundamento a la presunción de paternidad; bastará en cambio, en su caso, para ejercitar la acción de reclamación del carácter matrimonial de la filiación. "En suma, -afirma dicho autor- para que la separación haga decaer la presunción "ex" art. 116, ha de ser en todo caso, pese al cambio de redacción adoptado por la ley respecto del Proyecto- "efectiva", pero referida a la "convivencia conyugal".

"Lo más probable, con todo, es que, en la práctica, cuando haya reconciliación, concorra el consentimiento de ambos cónyuges para que el hijo se inscriba como matrimonial. Pero esta consideración empírica -que no siempre se dará- no anula o rellena la laguna legal relativa a la reconciliación de los cónyuges separados".

## **C A P I T U L O    I V**

### **IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD**

#### 4. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad tiene un valor relativo, ya que puede ser destruida por la prueba en contrario. Desde el principio el hijo se presume legítimo del marido, pero si después el marido sabe que no lo es y puede demostrarlo, será posible impugnar la presunción de paternidad mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad.

El derecho hace justicia tanto al padre como al hijo. Inicialmente se favorece y protege al hijo por medio de la presunción de paternidad; pero si el efecto de la presunción no es correcto, la ley tiene que proteger a cualquier persona que pueda sufrir el daño derivado de unos efectos no deseados por la ley. Se permite al marido impugnar la presunción de paternidad cuando tenga la prueba contraria, suficiente y razonable, pues no es justo que tenga que responsabilizarse de un hijo que no es suyo.

También en el derecho de algunos países se permite al hijo impugnar la presunción de paternidad, si éste sabe que no es su padre el que aparece como tal; esta posibilidad la vamos a analizar más adelante.

En este tema, podemos hacer un estudio detallado de dos aspectos distintos; por un lado:

4.1. Impugnación de la presunción de paternidad por el marido; y por otro,

4.2. Impugnación de la presunción de paternidad por el hijo.

De estos dos antecedentes, estudiaremos el derecho comparado, y el derecho español, respectivamente.

##### 4.1. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD POR EL MARIDO

###### 4.1.1. Derecho comparado

En el "Common Law", la presunción de la legitimidad se limita sólo a dos casos: 1) existencia de relación sexual entre los

esposos, 2) que el hijo haya nacido de esa relación.

La presunción mencionada depende de los dos supuestos citados; aunque los esposos hayan tenido relación sexual en numerosas ocasiones, no existirá problema, sino sólo la posible duda de si el hijo ha nacido de esa relación o no.

La presunción de legitimidad puede ser impugnada, demostrando que los esposos no han tenido relación sexual entre sí o que no han podido tenerla; o, si tal relación existió, que el marido no puede ser padre del hijo (por demostrarlo la prueba médica u otra prueba).

Respecto al "Common Law", se aceptaba con generalidad que la presunción de paternidad podía ser impugnada únicamente cuando existía una prueba que demostrara clara, indudable y razonablemente que el hijo era ilegítimo. Porque el "bastard" o hijo no matrimonial, anteriormente, no sólo tenía una posición desfavorable en la sociedad, sino que además no poseía capacidad legal; por lo tanto, la impugnación de la presunción de legitimidad, exigía ser realizada indudablemente. Pero en la actualidad el hijo no matrimonial tiene mejor posición, legal y socialmente; por eso, es absurdo que el "Common Law" todavía conserve una regla como la mencionada (1).

La presunción de legitimidad del hijo podía ser impugnada desde el siglo XIII (2). Al respecto, un juez expresó su opinión a "House of Lords" en el caso de "Banbury Peerage Case" en 1811 (3), estableciendo la regla de que la presunción de legitimidad podía ser impugnada sólo en el caso de que pudiera probarse la impotencia sexual del marido o la realidad de que no había tenido relación sexual con la mujer en el período de la concepción.

Si podía demostrarse que en el momento de que el hijo hubie-

---

(1) Bromley, P.M., Family Law, Fifth Edition, London, Butterworths, 1976, P. 283.

(2) Bromley, P.M., obra citada, P. 283.

(3) Ibidem.

ra sido concebido, el marido era sexualmente impotente, bien permanentemente o bien con carácter temporal (por enfermedad u otra causa), generalmente se consideraba suficiente para demostrar o probar la imposibilidad de ser el marido padre del hijo. Sin embargo, no debe olvidarse que, aunque el marido no pudiera tener relación sexual con su mujer, ésta podía estar embarazada como consecuencia de "fecundación ab extra" (4) o de la inseminación artificial, utilizando semen del marido (5).

Aunque todavía no se hayan presentado los problemas mencionados a la consideración de un Tribunal inglés, se puede pensar que si la mujer no pudiera quedar embarazada por efecto de relación sexual natural, los supuestos citados serían suficientes demostrando que, incluso en tan especial situación, el marido podía ser padre verdadero del hijo (6).

Esta presunción de legitimidad puede ser también impugnada demostrando que el marido no podía tener relación sexual con su mujer, por su ausencia, en el período de la concepción. Este caso se puede probar fácilmente (por ejemplo, él estaba en otro país en el período en que el hijo fue concebido). En otros casos, el juez habrá de decidir considerando la probabilidad de que los cónyuges se encontraran en unas circunstancias que les dieran una oportunidad de tener relación sexual. En la práctica, el problema más difícil se presentará si el marido ha estado ausente durante un corto período y posteriormente se ha alegado la ilegitimidad del hijo demostrando que éste ha sido concebido durante este tiempo. Se puede ver que el problema es básicamente igual que el caso del hijo nacido de una viuda en un momento anormalmente posterior a la muerte de su marido; para extraer una conclusión, puede aplicarse la solución al caso de *Preston-Jones v. Preston-Jones* (7), que podría proporcionar una excelente respues-

---

(4) *As in Clarke v. Clarke* (1943) 2 All E.R. 540.

(5) Como existía en el Caso de *L.V.L.*, (1949), 1All E.R. 141; sub. nom. *R.E.L.V.E.L.*, (1949) p. 211.

(6) Bromley, P.M., obra citada, Pp. 283-284.

(7) (1951), 1All E.R. 124, H.L.; (1951) A.C. 391.

ta al problema presente. En este caso, el marido no tuvo ningún acceso con su mujer hasta 186 días antes del nacimiento, dentro del período de 360 días inmediatamente anterior a dicho acontecimiento, y el juez falló afirmando que la evidencia aducida era su ficiente para impugnar la presunción de paternidad.

Aunque la relación sexual no fuera imposible por ausencia del marido, la presunción de legitimidad todavía podrá ser impugnada, si puede demostrarse que dicha relación fue inverosímil; para ello habrán de considerarse las probabilidades de que esta relación no haya ocurrido. Si los cónyuges durmieron en una misma cama, resultaría difícil probar que no tuvieron relación sexual entre sí salvo que el marido fuera impotente sexualmente (8). Si ambos habitaban en una misma casa, también será muy difícil impugnar la presunción, salvo que pueda demostrarse mediante otras personas que ambos nunca han estado solos o que fue imposible que tuvieran acceso en estas circunstancias (9). Si los cónyuges simplemente continuaron en la misma ciudad o mismo distrito, la presunción podrá ser obviamente impugnada con más facilidad que si ambos hubieran vivido en una misma casa (10).

Aunque se expresaron algunas dudas en los casos mencionados, éstas quedaron aclaradas desde la decisión de "House of Lords" en el caso de Morris V. Davies (11), en 1837, en la que se afirmaba que, para impugnar la presunción de existencia de relación sexual, la evidencia podía basarse no sólo en las circunstancias existentes en el momento de la concepción y el nacimiento del

---

(8) Ver Cotton V. Cotton, (1954) 2 All E.R. 105, C.A.; (1954) p. 305. Pero la presunción fue impugnada en estas circunstancias en Smith v. May (1969), 113 Sol. Jo. 1000.

Bromley, P.M., obra citada, p. 284.

(9) Ver, e.g., the Aylesford Peerage Case (1885), II App. Cas. I, H.L.

(10) Ver Sibbet, v. Ainsley (1860), 3 L.T. 583.

Bromley, P.M., obra citada, p. 285.

(11) (1837), 5 Cl. c F. 163, H.L.

hijo, sino también en la realidad anterior y posterior a este momento. Claramente, la conducta mutua entre los cónyuges, e incluso la declaración hecha por ambos, revisten gran importancia si tanto una como otra tienden a demostrar que los dos no tuvieron relación sexual en algún período (12). Similarmente, la ocultación de concepción de la mujer al marido y parientes o al médico familiar y la ocultación "a fortiori" del nacimiento del hijo se parecen indicar, no sólo que ésta no piensa que el hijo sea de su marido, sino la creencia, por su parte, de que él llegará a esa misma conclusión inevitablemente (13). La conducta de los cónyuges contra el hijo después de su nacimiento es igualmente significativa; y si el padre putativo reconoce al hijo como suyo directamente (14) o indirectamente (por ejemplo; permite registrar su nombre como padre del hijo (15); se lo deja a sus padres para que le mantengan (16); pagan la atención médica en el momento del nacimiento del hijo; lo alimenta y educa posteriormente (17)), tales evidencias permitirán confirmar que el marido no ha podido ser el padre.

La impugnación de la segunda presunción. Puede verse que el caso de Banbury Peerage y otros casos mencionados han tratado sólo de la impugnación de la primera presunción; es decir, se ha demostrado que el marido y la mujer, en la realidad, no han tenido relación sexual. Ahora se trata de considerar, en alguna

---

(12) Per Lord Langdale, M.R., in *Hargrave v. Hargrave* (1846), 9 Beav, 552, 555-556.

Bromley, P.M., obra citada, p. 285.

(13) *Morris v. Davies*, (supra); *Bosville v. A. -G.* (1887), 12 P.D. 177; *Burnaby v. Baillie* (1889), 42 Ch. D. 282.

(14) *Atchley v. Sprigg*, (supra); *Hawes v. Draeger* (1883), 23 Ch. D. 173.

(15) *Births and Deaths Registration Act* 1953, s. 34.

(16) *Morris v. Davies*, (supra); *Re Bromage*, (1935) Ch. 605; *Re Heath*, (1945) Ch. 417.

(17) *Aylesford Peerage Case* (1885), II App. Cas. I, H.L.; *Burnaby v. Baillie*, (supra); *Re Heath*, (supra).

circunstancia cuando la relación sexual ha ocurrido o debe presumirse que ocurrió, si es posible impugnar la segunda presunción, por la que el hijo debe nacer de esa relación. El problema es el siguiente: si en el momento en que el hijo, C, haya sido concebido, su madre, M, ha tenido acceso con su marido, H, y con otro hombre, X, ¿qué evidencia podrá alegarse siendo probable que X sea padre de C más de H?.

La realidad de que la mujer ha cometido adulterio, no se podrá alegar para impugnar la presunción, porque esta realidad simplemente demuestra que uno de ambos, H o X, podía ser el padre (18). Pero sí puede demostrarse que H es estéril, esta prueba debe ser decisiva. En el pasado, los jueces admitían difícilmente la prueba de que C había heredado algún carácter físico de X, debiendo por tanto ser considerado hijo suyo; en la mayoría de las ocasiones, se excluía la prueba de semejanza facial, considerándola demasiado imprecisa (19). Esta es, obviamente, una materia muy imprecisa, pues existen diversos grados de semejanza; sin embargo, podía resultar incorrecto excluir dicha prueba en todos los casos y fue aceptada en el caso de C.V.C. (20) en 1972. En muchos casos, poco peso probatorio podía obtenerse; pero en otros, podía considerarse válida la prueba expresa o la que presentara elevados índices de probabilidad. Otra evidencia -por ejemplo; raza- resulta mucho más convincente. Si M y H son ambos blancos, X es un negro, y C es mestizo, no se puede dudar de que C debe ser hijo de X (21).

En el derecho de algunos estados se recogen reglas similares

---

(18) Bromley, P.M., obra citada, p. 286.

(19) Slingsby V.A. -G. (1916), 33 T.L.R. 120, H.L., at pp. 122-123; Plowes V. Bossey (1862), 31 L.J.Ch. 681, 683.

(20) (1972) 3 All E.R. 577.

(21) La evidencia citada fue aparentemente admisible antes de que el tipo de prueba admisible fuera modificado; Slingsby V. A.G., (supra), at. P. 122.

Bromley, P.M., obra citada, P. 286.



sobre las causas de la impugnación de la presunción de paternidad (como son, por ejemplo, que el padre no puede ser padre del hijo, o si no ha cohabitado con la mujer en el período de la concepción, o cualquiera otra causa). Algunas legislaciones permiten al marido presentar prueba contra la presunción de paternidad dentro de una gran variedad de posibilidades, siendo válida incluso la prueba de no haber tenido relación sexual con su mujer aunque existiera la oportunidad de realizarla (22). El derecho, al permitir al marido impugnar la legitimidad del hijo, es como si permitiera probar el adulterio de la mujer y ésta lógicamente tiene el hijo con otro hombre, antes de la celebración o durante el matrimonio.

El derecho de algunos países permite la prueba contraria ilimitadamente o libremente mientras el de otros países permite la prueba limitada.

a) Sistema de libre impugnación de la paternidad:

En el Código alemán, suizo, coreano y japonés (23), se establece la prueba contraria de la presunción de paternidad ampliamente. En este sistema, no se disponen causas específicas y concretas para impugnar, sino sólo la prueba de no poder ser el padre o el hijo no es suyo. Se considera, ampliamente, que el marido podrá aportar todas las pruebas que quiera siempre que tengan

---

(22) Halsburys, Laws of England, 3<sup>rd</sup> edition, vol. VII, London de 1954, pp. 87-92.

(23) Cc. alemán art. 1591, ap. 1, prop. 2<sup>a</sup>: El hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es evidentemente, imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido. En el Cc. suizo el art. 254: El marido no puede desconocer al hijo nacido 180 días, al menos, después del matrimonio con la única excepción de "si prueba que no podría ser padre". Cc. coreano art. 846: En el caso mencionado en el artículo 844, el marido puede negar que él es padre natural del hijo. Cc. japonés art. 774: En el caso mencionado en el artículo 772, el marido puede negar que el hijo es legítimo.

razón suficiente.

El marido puede utilizar todas las pruebas que quiera para demostrar que es imposible que sea su hijo; por ejemplo, la prueba de la esterilización o de impotencia (tiene los órganos genitales deformados y no puede engendrar hijos con nadie) o la prueba consanguínea, u otra causa...etc; pero si la prueba no tiene razón suficiente como la prueba de convivir con la mujer en el período legal de concepción pero sin tener relación sexual con ella, así no puede probar impugnándose la presunción porque no es razonable.

La prueba ilimitada será protestada fácilmente, especialmente la prueba referida a las circunstancias generales. Por eso, la prueba admisible y razonable siempre es la prueba de la ciencia médica o biológica u otra ciencia moderna, porque es la prueba cierta y absoluta.

b) Sistema de prueba limitada de la impugnación de la paternidad.

El derecho francés, italiano, portugués, chino, filipino y thailandés establecen expresamente la prueba limitada, como veremos seguidamente:

El derecho francés permite al marido impugnar la legitimidad del hijo por medio de estas pruebas.

1. La causa de alejamiento o cualquier otro accidente, pues existía la imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante el período legal de concepción (24).

2. La causa del adulterio de la mujer y la ocultación del nacimiento del hijo (25).

3. La causa de la no cohabitación, derivada del divorcio o separación (26).

---

(24) Cc. francés art. 312.

(25) Cc. francés art. 313, ap.1.

(26) Cc. francés art. 313, ap.2.

4. La causa del nacimiento del hijo antes de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio, salvo que el marido conociera el embarazo u otras situaciones parecidas (27), por ejemplo: constar la inscripción del nacimiento del hijo...etc).

El derecho italiano permite al marido desconocer el hijo concebido durante el matrimonio en los casos siguientes: (28)

1. Los cónyuges no hayan cohabitado en el período comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento del hijo.

2. Por causa de impotencia, aunque sólo sea para engendrar hijos.

3. En el período legal de concepción, la mujer ha cometido adulterio y oculta al marido el embarazo y nacimiento del hijo.

El derecho portugués (29) establece también las causas de impugnación de la paternidad, y se permite al marido probarlas en las siguientes circunstancias:

1. La imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante todo el período legal de concepción.

2. La impotencia absoluta para la copulación o para la generación durante todo ese período.

3. La separación de hecho de la mujer durante todo el período de concepción y haber mantenido ésta convivencia marital con otro hombre durante ese tiempo, establecida por comunidad duradera de lecho, mesa y habitación en condiciones análogas a los cónyuges, fuera del domicilio conyugal.

4. Haber cometido adulterio la mujer dentro del período de la concepción y haber ocultado al marido el embarazo y el nacimiento del hijo.

---

(27) Cc. francés art. 314.

(28) Cc. italiano art. 235.

(29) Cc. portugués art. 1817.

El derecho chino (Taiwan) (30) permite al marido impugnar la legitimidad del hijo mediante una única prueba de que él no ha cohabitado con la mujer dentro del período de la concepción.

El derecho filipino (31) dispone una única causa sobre la impugnación de la presunción de paternidad, el que se permita al marido probar, que existía una imposibilidad física de tener acceso sexual a su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Estas imposibilidades físicas pueden ser motivadas:

1. Por la impotencia del marido.

2. Por la realidad de que el marido y la mujer estaban viviendo separados, de manera que el acceso no era posible.

3. Por enfermedad grave del marido.

De esta disposición, se derivan otras causas de imposibilidad física para tener acceso sexual con la mujer, pero debe ser una causa razonable. La palabra "impotencia sexual" significa, "no poder realizar el acto sexual", no significa "esterilización".

Sobre la palabra "grave enfermedad", significa aquella enfermedad que produzca una incapacidad total para tener relación sexual, como ejemplo citemos: una operación en sus órganos genitales.

El derecho thailandés (32) permite al marido impugnar la presunción de la paternidad a través de la prueba en estos casos:

---

(30) Cc. chino (Taiwan) art. 1063: Cuando la mujer ha concebido durante el matrimonio, el hijo nacido se presume hijo legítimo. Sobre la presunción de legitimidad mencionada en el párrafo anterior, el marido puede ejercitar la acción de impugnación si puede probar que él no ha cohabitado con la mujer dentro del período de la concepción, pero dicha impugnación debe ser efectuada dentro de un año a partir del descubrimiento del nacimiento del hijo.

(31) Cc. filipino art. 255.

(32) Cc. Thailandés art. 1539 ap. 1: Respecto al presunto hijo

1. No ha cohabitado con la mujer en el período legal de concepción (entre 180-310 días antes del nacimiento del hijo).

2. No puede ser el padre del hijo por otra causa.

3. Ha nacido el hijo antes de los 180 días, después de la celebración del matrimonio.

El derecho de estos países como hemos visto permite, sólo, la prueba limitada de la impugnación; el marido puede aportar, sólo, la prueba establecida en el Código, no puede aportar otras pruebas distintas de las establecidas. En este sistema se disponen pruebas diversas y absolutas, pero la mayoría son las causas siguientes:

1. No han cohabitado en el período legal de concepción o hay una imposibilidad física para cohabitar con la mujer durante todo el período legal de la concepción. Como hemos visto, los plazos mínimo y máximo de la concepción son de 180 días y 300 días, respectivamente; si el marido puede probar que durante todo el período dicho, antes del nacimiento del hijo, no ha cohabitado con la mujer o ha sido imposible físicamente cohabitar con su mujer, puede destruir la presunción de la paternidad.

La frase "no han cohabitado en el período legal de concepción", debe ser una realidad probada, afirmando que en todo ese

---

legítimo mencionado en el art. 1536, el marido o el que era marido podrá destruir la presunción de paternidad a través de ejercitar la acción de impugnación de la misma frente al hijo y a la madre juntamente, si puede probar que no convivió con la madre en el período legal de concepción, es decir, el período entre 180-310 días antes del nacimiento del hijo o si puede probar otra causa del mismo estilo.

Cc. thailandés art. 1540 ap. 1: Respecto al caso mencionado en el art. 1539, si el marido o el que era marido puede probar que ha nacido el hijo antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio, no necesita probar otra causa.

período el marido no convivió con su mujer absolutamente, especialmente, en el caso de ausencia legal, en virtud de sentencia, y separación de mero hecho o separación legal. Si sólo conviven separados por la necesidad u otras causas similares, pero pueden encontrarse, no puede aportarse como prueba para impugnar la legitimidad del hijo. La prueba expresa y válida se daría en el supuesto de que el marido quede en otro país sin regresar en todo período legal de concepción. (33) Pero no sólo se puede alegar la situación de lejanía, sino también, cualquier circunstancia que impida físicamente la reunión de los cónyuges, como la reclusión de uno de ellos en establecimiento penitenciario, psiquiátrico o similares, siempre que exista el convencimiento de la imposibilidad de reunión o visita del matrimonio.

2. La impotencia sexual, en este caso, existe la convivencia entre los cónyuges, pero no es posible que tenga relación sexual con la mujer por la impotencia que puede ser impotencia natural como se establece en el Código francés, art. 313, o la impotencia producida por causa de accidente o enfermedad.

3. El nacimiento del hijo antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio; esta causa, se establece en el Código francés y thailandés como hemos estudiado.

4. Otras causas, que el derecho permite al marido probar para impugnar la presunción de paternidad, es por ejemplo: la esterilización del marido. El derecho de algunos países permite la prueba de haber cometido adulterio la mujer dentro del período legal de concepción, incluso la ocultación del embarazo y el nacimiento del hijo al marido, como hemos visto en el Código francés, italiano y portugués.

4.1.1.1. En el caso del nacimiento del hijo antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio

El derecho de algunos países presume hijo del marido al naci-

---

(33) Espín Cánovas, Diego, "Manual de Dº civil Español, vol. IV. Familia". 6ª edición 1981, pp. 287-288, "obra citada".

do después de la celebración del matrimonio, pero el de otros países presume hijo del marido al nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. En el último caso, si ha nacido el hijo antes de los 180 días, no se presume hijo del marido, éste no necesita impugnar la legitimidad del hijo.

Pero en el primer caso, se presume hijo del marido desde la fecha de la celebración del matrimonio, y el marido, por tanto, puede destruir la presunción de la paternidad si ha nacido el hijo antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio, como se ha establecido en el derecho francés (34), en el italiano (35), thailandés (36), y español (37). Si el marido puede probar que el nacimiento del hijo ocurrió antes de los 180 días después del matrimonio, se considera como la prueba absoluta, porque el hijo que pueda vivir después de nacer, tenía que haber estado en el vientre de la madre por lo menos 180 días desde el comienzo de la concepción. Si el nacimiento del hijo ocurre antes de los 180 días después de la celebración y puede subsistir, la concepción ha tenido que ocurrir, necesariamente, antes del matrimonio.

Este supuesto en el derecho español, después de la reforma, se establece de diferente modo del derecho de otros países. El marido ahora puede destruir la presunción a través de la declaración auténtica en contrario, formalizada, es una acción especial, y ya no necesita ejercitar la acción de impugnación como ya hemos estudiado.

La prueba del nacimiento del hijo nacido antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio, tiene varias excepciones, y entonces el marido no puede impugnar su paternidad si

---

(34) Cc. francés art. 314.

(35) Cc. italiano art. 233.

(36) Cc. thailandés art. 1540.

(37) Cc. español art. 117.

existe alguna de las circunstancias establecidas en el Código de los países siguientes que vamos a analizar.

El Código francés establece en el artículo 314:

"El marido no puede impugnar la legitimidad del hijo nacido antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio si concurren estas circunstancias siguientes:

1. Si conoce el embarazo antes de la celebración del matrimonio.

2. Si ha hecho constar la inscripción del nacimiento y ha firmado en el certificado de nacimiento.

3. Si muere el hijo antes de nacer".

El Código francés establece este artículo como una excepción, por tanto, puede interpretarse que si no existe alguna de las tres circunstancias, el marido puede impugnar la legitimidad del hijo.

El Código italiano establece unas circunstancias parecidas a las del Código francés en el artículo 233..

"Nacido el hijo dentro de los 180 días después de la celebración del matrimonio se considera hijo legítimo si el marido lo reconoce.

No puede impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1. Si el marido conoce el embarazo antes de la celebración.

2. Si en el certificado de nacimiento, se demuestra que el marido ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo o por su autorización".

El Código francés e italiano establecen circunstancias parecidas, sólo, la circunstancia del fallecimiento del hijo antes de nacer, no está regulada en el Código italiano. Puede interpretarse estrictamente, en estos dos Códigos, que el marido puede impugnar la legitimidad del hijo aunque tenga relación sexual con su mujer antes de la celebración del matrimonio. Pero si se



considera el sentido de las circunstancias recogidas en ambos Códigos (arts. 314 Cc. francés y 233 Cc. italiano), primera y segunda circunstancia, se puede deducir que los dos Códigos aceptan, tácitamente, que si el marido conoce el embarazo o reconoce al hijo, es porque él tiene la intención de reconocer al hijo, porque su nacimiento puede ser efecto de su relación con la mujer antes del matrimonio.

Respecto de la tercera circunstancia del Código civil francés, sobre el fallecimiento del hijo antes de nacer, es decir que el hijo haya salido, antes de los 180 días, del vientre de su madre, y entonces según la ciencia médica no puede subsistir como ser humano; este supuesto es el del aborto.

El derecho francés prohíbe impugnar la legitimidad del hijo en este caso para evitar el problema desde el principio, porque este caso no produce ningún efecto legal, y si el derecho permitiera impugnar en este caso, podría complicarse el problema infinitamente.

El Código tailandés no permite al marido impugnar la legitimidad del hijo nacido antes de los 180 días después de la celebración en estos casos:

1. Si el marido tiene relación sexual con la mujer en el período legal de concepción (entre 180-310 días antes del nacimiento del hijo) (38).

2. Si el marido por sí mismo ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo o ha aceptado que se hiciera dicha acción. (39)

---

(38) Cc. tailandés art. 1540: Respecto al caso mencionado en el artículo 1539, si el marido, o el que era marido, puede probar que ha nacido el hijo antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio, no necesita probar otra causa. Lo establecido en el párrafo anterior no se regirá si el marido, o el que era marido, tiene relación sexual con la mujer en el período legal de concepción mencionado en el artículo 1539.

(39) Cc. tailandés art. 1541: El marido, o el que era marido,

En el primer caso, normalmente el hombre y la mujer pueden tener relación sexual antes de la celebración del matrimonio, y si el marido alega que el hijo no es el suyo por nacer antes de los 180 días después de la celebración, la mujer también puede probar que el marido tuvo relación sexual con ella antes de la celebración, por eso, el marido no puede impugnar la legitimidad del hijo alegando la causa de que el nacimiento del hijo ha ocurrido antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio.

El segundo caso, lo vamos a estudiar en el tema siguiente.

#### 4.1.1.2. La prohibición de la impugnación de la legitimidad del hijo

En el Derecho comparado se establece también una regla similar respecto a la prohibición de la impugnación de la legitimidad del hijo. Se establece esta prohibición para evitar los problemas de que el marido pueda impugnar su paternidad sin razón y sin basar en cosas razonables las pruebas para impugnar. Se prohíbe impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1. El marido reconoce el hijo después del nacimiento. Este supuesto, se establece en el derecho alemán, japonés y coreano (40). El reconocimiento del hijo podrá hacerse expresamente o

---

no puede impugnar la legitimidad del hijo respecto al art. 1539 si él por sí mismo ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo o ha arreglado o ha aceptado que se hiciera dicha acción.

(40) Cc. alemán art. 1598: La impugnación de la legitimidad del hijo será prohibida si después del nacimiento del hijo, el marido lo reconoce como hijo legítimo. El Cc. japonés art. 776: Si después del nacimiento del hijo, el marido lo reconoce como hijo legítimo no tendrá derecho de impugnarlo. Cc. coreano art. 852: Si el marido reconoce al hijo como suyo después de su nacimiento, no puede ejercitar la acción de impugnación otra vez.

tácitamente. Hay muchas maneras de reconocimiento tácito, por ejemplo: el marido permite al hijo utilizar su apellido, demuestra a la gente que el hijo es suyo o cualquier otra acción del marido que pueda indicar el reconocimiento del hijo.

2. Si conoce el embarazo de su mujer antes de la celebración del matrimonio, se ha establecido en el derecho francés e italiano (41). Si el marido conoce el embarazo de su mujer antes de casarse y se casa con ella, tácitamente acepta que el hijo es suyo, por eso, no puede impugnar su paternidad.

3. Si el hijo fallece antes de nacer (42).

4. Si el marido ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo por sí mismo o ha firmado en el certificado de nacimiento o ha arreglado o aceptado que se hiciera dicha acción, como lo establece en el derecho francés, italiano y thailandés (43).

El derecho prohíbe al marido impugnar la legitimidad del hijo si existe este supuesto, porque si el marido ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo se considera que el marido ha reconocido al hijo y no puede negar posteriormente que no es hijo suyo.

En el derecho se considera que la persona que ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo tiene que asegurarse y creer que el hijo es suyo entonces no puede negarlo después, porque el certificado del nacimiento expedido en el Registro es un documento público, correcto y con valor probatorio.

---

(41) Cc. francés art. 314: El marido no puede impugnar la legitimidad del hijo. Si concurren las circunstancias siguientes:

1. Si conoce el embarazo antes de la celebración...etc.

Cc. italiano art. 233.1.

(42) Cc. francés art. 314.3.

(43) Cc. francés art. 314.2. Cc. italiano art. 233.2. Cc. thailandés art. 1541.

La prohibición de impugnar la legitimidad del hijo en caso de que haya habido inscripción, según decíamos antes, es una cuestión con la que algunos profesionales del derecho tailandés no están de acuerdo, y opinan que (44) "en este caso, sería injusto para el marido, porque siempre hay una realidad: que el marido no conoce desde el principio que el hijo no sea suyo; todos los maridos, siempre se excitan y están alegres cuando tienen hijos, especialmente si es el primer hijo. Es un motivo para que ellos tengan prisa para hacer constar la inscripción del nacimiento del hijo, por no suponer que sea el hijo de otro. Por tanto, después de saber que no es suyo, si seguimos esta prohibición ya no podría impugnarlo y se considera, por tanto, que no es justo para el marido porque éste tendría que mantener al hijo aunque supiera que no es su hijo"...

Nuestra opinión es que el derecho tailandés establece esta prohibición del artículo 1541, justamente, ya que se regula para proteger el interés de todas las partes, pero es imposible protegerlas simultáneamente, entonces, se protege a la parte que recibirá más daño. En este caso, se protege al hijo, porque pueden existir muchos problemas en la sociedad para el hijo impugnado. Estos niños suelen convertirse fácilmente en futuros delincuentes, al faltarles un padre, una familia normal, etc..., mientras que el posible daño que pueda inferirse al marido sólo es un daño privado, económico en caso, al igual que la influencia que puede tener en el derecho sucesorio de sus herederos.

---

(44) El registro de conclusiones de la conferencia sobre el "El Código civil tailandés reformado, en el tema "padres e hijos", el periódico jurídico, "La Facultad de derecho" Universidad Chulalongkorn", "el derecho de la familia", 1977, p. 191.

## 4.2. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD POR EL HIJO

### 4.2.1. Derecho comparado

Al hijo, en algunos países, el derecho le permite impugnar su legitimidad (como sucede en el derecho alemán y en el thailandés). Sin embargo, la mayoría de los países, establecen en sus Códigos la autorización para impugnar la presunción de paternidad sólo a favor del marido y sus herederos. Pero los derechos alemán y thailandés consideran justo permitir que el hijo pueda también impugnar la paternidad.

El derecho alemán (45) y el derecho thailandés (46) estable-

---

(45) Cc. alemán art. 1596: El hijo puede impugnar la paternidad en los casos siguientes:

1. El marido ha muerto o hay declaración judicial demostrando el fallecimiento sin haber caducado el plazo para ejercer el derecho de impugnar su paternidad conforme al artículo 1594.
2. El matrimonio ha sido disuelto, o hay sentencia firme anulándolo o declarando la nulidad, o ambos están separados hace más de tres años sin la esperanza de que vayan a volver a convivir juntos, como dos cónyuges.
3. La madre está casada con el hombre que ha engendrado el hijo.
4. La impugnación de paternidad es razonable por causa de vivencia inmoral o sin dignidad del marido o cuando éste atenta contra la obligación moral importante de mantener el hijo, u otras obligaciones similares establecidas en la moral.
5. Por la moral, la impugnación es razonable por causa de enfermedad hereditaria grave del marido.

Lo establecido en el párrafo 1 n° 1-3 el hijo puede impugnar su legitimidad dentro de tres años. El plazo empieza desde el momento en que el hijo sepa la circunstancia de su ilegitimidad y la realidad de cual es la causa de la impugnación conforme al parágrafo 1 núm. 1-3. Se rige esta disposición de los plazos por los arts. 203 y 206 tácitamente.

(46) Cc. thailandés art. 1545: El hijo puede pedir al Ministerio

cen una regulación similar sobre las causas de la impugnación de la presunción de paternidad por el hijo, así:

---

Fiscal que ejercite en su nombre la acción de impugnación de paternidad del marido de su madre conforme al artículo 1536, si no es su hijo verdadero (de sangre) y

1. El marido de su madre ha muerto o se ha considerado que ha muerto por la declaración judicial demostrando la ausencia y en ese tiempo el marido todavía tiene derecho para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad conforme al artículo 1542.

2. El matrimonio entre el marido y la madre del hijo ha sido disuelto por el divorcio, hay sentencia firme anulándolo o declarando la nulidad.

3. El marido y la madre del hijo no conviven como cónyuges desde hace más de tres años y sin la esperanza de que vayan a volver a convivir juntos como los cónyuges. Disposición que no rige en el caso de que ellos estén separados por sentencia firme conforme al art. 1462.

4. La madre está casada con el hombre que ha engendrado el hijo.

5. El marido ha atentado contra su obligación de padre y perjudica al hijo lo cual determina que éste pueda impugnar la relación entre padre e hijo (el marido de su madre).

6. El marido ha cometido una grave maldad o vive sin dignidad o moralidad.

7. El marido tiene una grave enfermedad heredobiológica y es posible que esta enfermedad puede perjudicar al hijo determinando que éste pueda impugnar la relación entre padre e hijo (el marido de su madre).

La acción de impugnación de la legitimidad del hijo en el caso (1), (2), (4), (5) o (6) debe ejercitarse dentro de los dos años siguientes al conocimiento, por parte del hijo, de que no es hijo de sangre del marido de su madre y de la realidad mencionada en los casos ya citados: (1), (2), (4), (5) o (6).

1. El marido de su madre ha muerto o existe una declaración judicial demostrando el fallecimiento por ausencia y en ese tiempo el marido todavía tenía derecho a ejercitar la acción de impugnación de la paternidad.

Lo esencial de este supuesto es:

a) El marido de la madre ha muerto o hay declaración judicial demostrando su fallecimiento. Cuando el marido de su madre no exista, no existe ninguna exigencia de relación entre padre e hijo; la responsabilidad, el derecho y la obligación legal entre ellos se acaban después de la muerte del marido de la madre. Por eso, si el marido no es el padre verdadero del hijo, éste puede impugnar la presunción de la paternidad.

b) En el tiempo en que el marido haya muerto o haya sido considerado muerto, cuando éste todavía tenía derecho a ejercitar la acción de impugnación de la paternidad.

En el caso de que el hijo pueda impugnar la presunción de paternidad por referirse a la muerte del marido, se puede hacer sólo si en ese tiempo el marido todavía tenía la posibilidad de impugnar la legitimidad del hijo. Esta regulación resulta favorable para las dos partes, porque si el marido de la madre estuviera vivo en el período durante el cual tenga derecho de impugnarlo, podría hacerlo; por lo tanto, si ha muerto en ese tiempo, es lógico, por tanto, que se permita al hijo impugnar la presunción de paternidad. Pero si en el momento de su muerte, el marido ya no tiene derecho a impugnarlo (por ejemplo: el período legal para impugnar la presunción de paternidad por el marido ha transcurrido y éste no ha impugnado), normalmente se puede interpretar que el marido no quiere impugnarlo o desea que, el hijo sea suyo siempre ya que el derecho interpreta así el propósito del marido, de la misma manera puede considerarse que, en el caso de no permitirse al hijo impugnar su legitimidad, se debe a la presunción de que el marido le ha tratado bien y éste no tiene motivos para impugnar la paternidad; es decir, se considera que el hijo puede estar satisfecho y aceptar la paternidad del marido. Posteriormente a la muerte del marido de la madre, si al hijo

se le concediera el derecho de impugnar, podría existir un problema extremadamente complicado; por eso, el derecho no permite al hijo impugnar su legitimidad en este caso.

2. El matrimonio entre el marido y la mujer ha sido disuelto o hay sentencia firme para anularlo o declarar la nulidad, o los cónyuges están separados hace más de tres años sin la esperanza de que vayan a volver a convivir juntos como los cónyuges.

Dentro de este supuesto, se pueden considerar separadamente los siguientes casos:

a) Cuando el matrimonio entre el marido y la mujer ha sido disuelto o existe sentencia firme para declarar la nulidad, el hijo todavía es legítimo del marido y tiene derechos y obligaciones respecto de éste. Pero en el caso de que el hijo tenga conocimiento de que el marido no es su padre verdadero y además el matrimonio entre el marido y la mujer ha sido disuelto -considerándose que la relación matrimonial en que se basa el origen de la presunción de paternidad ha terminado también- el derecho permite al hijo impugnar la presunción de paternidad. Cuando se aplica razonablemente, esta regulación puede evitar el problema complicado que puede presentarse.

Dicha regulación respeta la verdad, porque entre el hijo y este hombre no hace falta que exista una relación legal; si la relación entre el marido y la madre del hijo ha terminado, el hijo puede impugnar la paternidad. Se trata de una norma razonable y justa.

b) Los cónyuges están separados hace más de tres años sin la esperanza de que vuelvan a convivir juntos como tales.

Este supuesto es casi igual al anterior, que contemplaba la disolución legal del matrimonio entre el marido y la madre del hijo; pero en este supuesto, ellos no conviven juntos como cónyuges desde hace más de tres años y no se espera que vayan a volver a convivir juntos como cónyuges. Este comportamiento supone una ausencia de la relación normal, y si es el caso de que una parte haya abandonado intencionalmente a la otra desde



hace más de un año, el derecho tailandés (47) permite a la última ejercitar la acción de divorcio. Por eso, si el hijo sabe que el marido no es su padre y ellos están separados desde hace más de tres años sin ninguna esperanza de que vuelvan a convivir juntos como cónyuges, aquél podrá impugnar la presunción de paternidad.

Pero si el marido y la mujer están separados por sentencia, aunque lleven separados más de tres años y no pueda afirmarse cuándo van a volver a convivir juntos, no estamos ante una causa suficiente para que el hijo pueda impugnar su legitimidad, aunque éste sepa que no lo es del marido. Porque en este caso existe una separación necesaria y razonable, no se trata de abandono de responsabilidad, ni tampoco existe intención de destruir la relación normal de la familia.

3. La madre está casada con el hombre que ha engendrado el hijo.

En este caso, la madre se casó antes con el hombre cuya paternidad impugna el hijo y éste es presumido hijo de aquél, cuando verdaderamente lo es del hombre que contrajo matrimonio con la madre posteriormente; veamos unos ejemplos:

a) En el caso de que el hijo haya nacido del adulterio de la madre, siendo considerado hijo del marido conforme a la presunción de la paternidad, cuando la madre se ha divorciado de su marido y casado otra vez con el hombre que es padre verdadero del hijo.

b) Este caso es igual al anterior, pero la madre no está divorciada del primer marido y se ha contraído el nuevo matrimonio con el padre verdadero del hijo, (es decir que la madre ha cometido bigamia) el hijo se presume del primer marido desde el

---

(47) Cc. tailandés art. 1516: Son causas de divorcio:

4) El marido o la mujer abandona a la otra intencionalmente desde hace más de un año, la última parte puede ejercitar la acción de divorcio.

principio.

El nuevo matrimonio, en los dos casos mencionados, tiene el efecto de que el hijo pueda impugnar la presunción de la paternidad del primer marido de su madre, cuando sepa que el nuevo marido es su padre verdadero. Si existe una declaración judicial demostrando que el hijo no es del primer marido y la realidad o la prueba suficiente demuestran que es hijo del nuevo marido de su madre, éste pasará a serlo legítimo del nuevo marido por subsiguiente matrimonio de sus padres (48).

Sobre este supuesto, nos parece que el derecho ha regulado la situación justa y razonablemente, porque si no se permitiese al hijo impugnar la presunción de la paternidad del primer marido, aquél no tendría la oportunidad para ser hijo legítimo de su padre verdadero, aunque sus padres se casaran posteriormente.

4. El marido ha atentado contra las obligaciones de todo padre, o contra las obligaciones de la moral y perjudica al hijo, o ha cometido maldad, o vive sin dignidad o moralidad.

a) El atentado contra las obligaciones de todo padre conforme al artículo 1545 (5) del Cc. thailandés, deberá recaer sobre las obligaciones legales del padre hacia el hijo, como por ejemplo la ostentación de la patria potestad, el mantenimiento y la educación del hijo, que no pueden considerarse obligaciones morales o sociales. Si el marido de su madre ha atentado contra las obligaciones mencionadas y perjudica al hijo, lo cual determina que éste podrá impugnar la relación entre padre e hijo (por ejemplo; el presunto padre ha administrado los bienes del hijo de manera que perjudica a éste, o le ha castigado demasiado, o no

---

(48) Cc. alemán art. 1719: El hijo no matrimonial será hijo legítimo si se casan sus padres; rige esta disposición también aunque el matrimonio sea declarado nulo.

Cc. thailandés art. 1547: El hijo nacido de los padres que no estén casados será hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres...etc.

le ha prestado su consentimiento para realizar algún acto jurídico, etc, el hijo podrá impugnar la presunción de paternidad del marido si éste no es su padre verdadero).

Pero si estas acciones citadas perjudican muy poco al hijo, éste no puede alegarlas en orden a la impugnación, pues el derecho tailandés utiliza la expresión "... perjudica al hijo, lo cual determina que éste pueda impugnar la relación entre padre e hijo".

En este supuesto, el derecho tailandés establece una regulación distinta a la del derecho alemán, el cual dispone en el artículo 1596 Cc. (4), sobre el atentado contra la obligación moral importante de mantener el hijo, u otras obligaciones similares establecidas en la moral, que el hijo puede impugnar la paternidad. Pero en el sistema tailandés, si el presunto padre ha atentado contra la obligación moral, no ha incurrido en causa de impugnación.

El ordenamiento jurídico permite al hijo impugnar su legitimidad en este caso; porque, si el presunto padre no es el de sangre, él podrá hacer cualquier cosa, valiéndose de su potestad, para engañar al hijo o para su propio beneficio. Si el derecho no permitiese al hijo impugnar, podría perjudicarlo indirectamente, al consentir las acciones mencionadas, lo que no sería justo para el hijo.

El derecho alemán establece sólo "...atenta contra la obligación moral importante..."; no dice nada sobre "...perjudica al hijo, lo cual determina que éste pueda impugnar la relación entre padre e hijo" como lo establecido en el derecho tailandés. Pero puede considerarse que "el atentado contra la obligación moral importante" se refiere tácitamente al hecho de perjudicar al hijo, no hace falta establecerlo con mayor precisión.

b) El marido ha cometido actos de maldad, o vive sin dignidad o moralidad.

Sobre la maldad cometida por el marido, el derecho tailandés dispone que ha de ser "grave maldad" (por ejemplo, el marido

es un jugador de apuesta). El derecho alemán no especifica nada sobre "la maldad"; nosotros estimamos que esto es debido a que se considera que la existencia inmoral o indigna es una maldad, por los perjuicios que tal comportamiento causa a los que conviven con el inmoral o indigno.

Sobre la comisión de maldades por el marido, o su existencia inmoral o sin dignidad, el derecho tiene en cuenta la dignidad a la que tiene derecho el hijo para vivir en la sociedad, ya que la convivencia del marido con sus descendientes o las personas de su familia hace que éstos reciban la deshonra o cualquier tipo de daño que pueda afectar a sus bienes o a su dignidad, incluso el daño físico (por ejemplo, el presunto padre es propietario de un establecimiento dedicado a la prostitución, o es un comerciante de droga, etc.).

Pero si es padre verdadero del hijo, el derecho no permitirá a éste impugnar la paternidad, aunque el presunto padre haya cometido maldades o viva sin dignidad o moralidad, pues el hecho de la paternidad auténtica supone una relación obligatoria, que no se puede modificar ni destruir por el ejercicio de una simple acción.

##### 5. El marido tiene una grave enfermedad heredobiológica.

El concepto "enfermedad heredobiológica" se refiere a la que puede transmitirse hereditariamente, como por ejemplo: la lepra, la epilepsia, etc., y necesariamente ha de ser grave. Si el presunto padre padece alguna de estas graves enfermedades heredobiológicas, tal hecho puede perjudicar a la dignidad del hijo, siendo éste incluso despreciado por la sociedad por pensar la gente que el hijo también tiene esta enfermedad. Los daños citados son obstáculos para vivir tranquila y dignamente en sociedad y también puede serlo para encontrar una profesión (algunos trabajos exigen, como condición inexcusable para su ejercicio, un reconocimiento médico en el que se certifique que la persona reconocida no padece enfermedad grave alguna).

Por lo tanto, el hijo puede impugnar su legitimidad si el

presunto padre no es el verdadero y padece alguna grave enfermedad heredobiológica.

Si se da alguno de los elementos objetivos mencionados, el hijo lo puede alegar para impugnar la presunción de paternidad de su presunto padre. Pero el derecho tailandés establece además un elemento objetivo, el cual es: "si no es hijo de sangre del marido de su madre"; este elemento objetivo es muy importante para que el hijo pueda impugnar la presunción de paternidad. Aunque existan otros elementos objetivos, pero si falta este elemento, el hijo no puede impugnar la presunción de paternidad. Este elemento es el principal para impugnar, el derecho respeta la regla verdadera, si es hijo verdadero, no puede impugnar la paternidad aunque exista cualquier otro elemento objetivo, por ejemplo: el padre verdadero tiene una grave enfermedad heredobiológica, el hijo no puede impugnar. Pero el derecho alemán establece este caso en la parte de los plazos para ejercer la acción, así dice que:

"...El hijo puede impugnar su legitimidad dentro de tres años. El plazo empieza desde el momento en que el hijo sepa la circunstancia de su ilegitimidad y la realidad de cual sea la causa de la impugnación, conforme al parágrafo 1 núm. 1-3". Por eso, el principal elemento para impugnar la paternidad también es que el hijo no es del presunto padre, el hijo podrá impugnar su legitimidad por no ser hijo verdadero.

#### 4.3. IMPUGNACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### 4.3.1. Derecho español anterior

El ordenamiento anterior establecía que sólo el marido podía impugnar la presunción de paternidad; el hijo no podía impugnar aunque supiera que su presunto padre no lo era en realidad. Se formulaba la prueba en contrario de forma limitada, como podemos ver en el derogado artículo 108:

"Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

El derecho español anterior a la reforma de 1981 presumía hijo legítimo al nacido después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio; por eso, el hijo nacido antes de ese lapso no era considerado hijo del marido por la presunción de paternidad; el marido no necesitaba impugnar la paternidad. Es distinto del derecho después de la reforma que se presume hijo del marido desde la fecha de la celebración del matrimonio (49). El marido puede, hoy día, impugnar la paternidad si el nacimiento del hijo ocurre antes de los 180 días después de la celebración. Pero esta acción es una acción especial para desconocer la paternidad, como ya hemos visto en el artículo 117: el marido no necesita ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, se impugna sólo al hijo nacido después de los 180 días siguientes al de la declaración y antes de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial.

El derecho anterior permitía al marido impugnar la legitimidad del hijo sólo (la única prueba) en el caso de que hubiera imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. El marido no podía probar otra causa, ni la prueba biológica como decía una sentencia del T.S., de 24 de Enero de 1947 que rechazó las pruebas biológicas.

El plazo mínimo de gestación era de 180 días, si en los 120 primeros días de los 300 días que precedían al nacimiento del

---

(49) Cc. español, artículo 116.

hijo, el marido no podía tener relación sexual con su mujer, el hijo no era obra suya, el marido podía impugnar la presunción de paternidad.

Cuestión no resuelta, sin embargo, por el legislador era el propio sentido de la frase "imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer", que determinaba en la doctrina (50) vacilaciones, sustentándose un criterio más restringido, que sólo admitía la impotencia y la ausencia, y otro más amplio, que, estimando que el Código no limitaba las causas de la imposibilidad física, aceptaba cualquier otra situación fáctica que proporcionara la misma prueba (51).

El marido tenía que probar expresamente la imposibilidad física de tener relación sexual con su mujer en el período establecido en el Código.

En la práctica, las circunstancias fácticas que dieron lugar a pronunciamientos sobre la referida imposibilidad fueron la ausencia, la impotencia y la separación conyugal.

Sobre la ausencia, no sólo se refería a la situación legal de ausencia, sino también al mero alejamiento, como el que está en otro país y no regresa a ver a la mujer. Pero no sólo la situación de lejanía, sino cualquier circunstancia que impidiera físicamente la posibilidad de reunión de los cónyuges, como la reclusión de uno de ellos en establecimiento penitenciario, psiquiátricos o similares, siempre que se pudiera demostrar de una forma evidente la imposibilidad de reunión o visita del matrimonio. En este sentido el Tribunal Supremo afirmaba que la imposi-

---

(50) Royo, Castán, 8 ed., V, 2º, 13. Como fundamento cabría alegar la E. de M., de la ley de matrimonio Civil de 1870, que sólo admitía la prueba de la imposibilidad física "por la ausencia o por la impotencia para tener acceso con su mujer". Espín Cánovas, Diego 1981, p. 287 "obra citada".

(51) Valverde, Rivero, p. 469.

Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 287 "obra citada".

bilidad "no es sólo física, que dice el artículo 108 del Código civil, sino que la jurisprudencia entiende a la que se da y se origina también por la ausencia del marido o cualquier otra que lleve consigo el alejamiento efectivo, voluntario o impuesto, de los esposos (52).

Sobre la impotencia, el Código civil español aceptaba la alegación de la impotencia producida como consecuencia de accidentes o enfermedades y de la impotencia natural. Sólo hubo un caso en que no se aceptó esta alegación por el Tribunal Supremo (53).

También la separación de los cónyuges era motivo suficiente para impugnar la legitimidad del hijo porque era una causa evidente de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer.

Sin embargo, esta situación de separación legal no impedía que hubiera habido una reunión pasajera y cohabitación, que incluso cabía legalmente, ya que era posible una reconciliación por lo que, si se alegaba la existencia de dicha reconciliación por la mujer, una vez probada volvía a producir su eficacia la presunción de paternidad, si prevalecía dicha prueba.

El marido podía impugnar la presunción de paternidad con una única prueba: la prueba limitada que recogen, hoy día, los sistemas francés, italiano, portugués, chino, filipino y thailandés. No se podían probar otras causas, en el sistema defendido en el Código español de antes de la reforma.

---

(52) S. 19 junio 1958. El alejamiento derivado de la situación especial de separación conyugal de hecho lo estudiamos después V., entre otras las SS. 29 de enero de 1890, 14 julio 1914, 7 marzo 1963.

(53) La S. de 24 de enero de 1911 rechazó la alegación de impotencia del marido de 80 años, concurriendo con la vida marital de la esposa con el amante, por motivos procesales que impidieron pronunciamiento sobre el tema.



#### 4.3.2. Derecho español actual

El derecho español, después de la reforma del 13 de Mayo de 1981, establece la impugnación de paternidad de un modo extenso, abierto y liberal, "en el que no se indica (aunque se adivina) ni el objeto a probar, ni los medios probatorios, ni otra cosa, salvo las personas legitimadas y el plazo de ejercicio de la acción: se trata, sencillamente, de demostrar la no paternidad del marido sin limitación objetiva ni probatoria alguna" (54).

El derecho actual se permite no sólo al marido impugnar la presunción de paternidad, sino también al hijo. Es una novedad importante en esta legislación, que viene a acabar con la injusta y anticuada situación anterior.

##### 4.3.2.1. Impugnación de la presunción de paternidad por el marido

El derecho actual permite al marido impugnar la paternidad de la forma establecida en el artículo 136 (55), no limitando la prueba. El marido podrá impugnar alegando todo tipo de pruebas incluyendo las biológicas, pues se trata de una posibilidad contenida en el artículo 127, que establece:

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluídas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

---

(54) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco; Luna Serrano, Agustín; Delgado Echevarría, Jesús y Rivero Hernández, Francisco, "El Nuevo Régimen de la Familia, II, Familia", Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1ª edición, 1981, p. 49.

(55) Cc. español art. 136: "El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento", etc.

Este mismo sistema es el aceptado por los derechos alemán y suizo; es decir, que el marido está facultado, en ambos ordenamientos para alegar todas las causas y pruebas que pueda reunir para demostrar que el pretendido hijo no es suyo.

Cabe aclarar que la imposibilidad absoluta, como prueba para destruir la presunción de paternidad, es imposible de demostrar ante un juez, tanto en el orden humano (o sea, con medios biológicos) como en el mundo jurídico. En el derecho comparado, similar al español en este punto, se interpreta aquella imposibilidad como "manifiesta", o "evidente", o "razonable", o como "verosimilitud confinante con la certeza científica", lo que parece aceptable para nuestro Ordenamiento Jurídico.

El hecho de que el juez rechace o acepte la demanda presentada por el padre, se debe a las pruebas que presente y pueda demostrar de una manera razonable y suficiente; ya que en toda clase de duda a la hora de intentar demostrar la no paternidad, se tiende a favorecer al hijo, por eso, el marido si no puede demostrar plenamente la impugnación, dicha acción no prosperará, y el padre seguirá figurando como padre legítimo del hijo.

Las pruebas que el padre alega en contra de su presunto hijo, se basan en muchas causas, como por ejemplo:

1. No cohabita con la mujer en el período legal de concepción.

La no cohabitación con la mujer puede ser por diversas circunstancias; el marido puede demostrar todas las causas posibles para decir que no convivió con su mujer en el período legal de concepción, bien por ausencia o alejamiento físico prolongado durante todo el tiempo de la concepción, aunque como ya se ha dicho, la no cohabitación con la mujer no sólo puede ser a causa de una situación de lejanía, sino por cualquier otra circunstancia que impida físicamente la reunión de los cónyuges (56).

---

(56) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 287-288, "obra citada".

2. El marido puede probar ampliamente la imposibilidad de ser el padre del hijo por no poder tener una verdadera relación sexual con su esposa. En este caso, el marido convive con su mujer pero no puede tener hijos por cualquier causa, como la impotencia natural o accidental, o por causa de enfermedad grave, o porque es estéril, etc. Este supuesto ha sido denominado por alguna doctrina como "la infecundidad de la cohabitación del marido que haga imposible su paternidad...".

En esta situación, es muy difícil demostrar que el hijo no es por obra suya porque todavía convive con la mujer. La prueba del adulterio cuando se intenta demostrar por el esposo su infecundidad en sus relaciones con su mujer, valerse de la prueba del adulterio de la mujer durante el período de la concepción no es suficiente, ni la del adulterio añadiendo la circunstancia de la ocultación del nacimiento u otros hechos que se exigen todavía por ejemplo: en Francia, y ordenamientos jurídicos de su influencia.

Sin ninguna duda hay que concluir diciendo, que las pruebas más eficientes y seguras son las biológicas, como la del grado de madurez del recién nacido, la heredobiológica y la de grupos sanguíneos, antes comentadas.

Por no existir limitación a la prueba para impugnar la paternidad, el marido puede demostrar extensamente el no poder ser padre del hijo por no cohabitar con la mujer en el período legal de la concepción o por cualquier otro motivo que demuestre suficientemente la imposibilidad de tener acceso con la mujer. Lo principal, esencial de la prueba es la inexistencia de relación sexual con la mujer "todo" el período legal de concepción.

4.3.2.1.1. Impugnación de la paternidad, en el caso del nacimiento del hijo, ocurrido antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio

El marido puede destruir la presunción de paternidad mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto conforme al artículo

117. En este caso, hay que hacerse una pregunta, ¿podrá impugnar su presunta paternidad el esposo en el caso del nacimiento del hijo dentro de los 180 días siguientes al matrimonio; cuando no haya "destruido" la presunción en la forma que prevé el artículo 117, por no haber tenido en los 6 meses que ese precepto le concede ninguna duda sobre su paternidad, o impedírselo un reconocimiento expreso o tácito? (57).

La doctrina se inclina por una solución afirmativa, es decir, el marido puede impugnar la legitimidad del hijo nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio aunque no haya destruido la presunción de paternidad, conforme al artículo 117. Esto es así porque el derecho positivo no se deriva de una prohibición de la impugnación en este caso, ni tampoco prohíbe impugnar aunque haya reconocido la paternidad expresa o tácitamente, o haya conocido el embarazo de la mujer antes de casarse, como se ha establecido en el derecho comparado (58).

El marido puede impugnar y aportar todas las pruebas, incluidas las pruebas biológicas, porque se trata de una filiación matrimonial y los artículos 136 y 137 del Cc., no establecen ninguna restricción para impugnar este tipo de filiación.

Sobre la impugnación de la legitimidad del hijo, el derecho español no establece ninguna limitación de la impugnación como la prohibición establecida en el derecho comparado, por eso, el marido o sus herederos pueden impugnar la paternidad si tienen la prueba contraria suficiente y razonable aunque lo haya reconocido como su hijo en forma expresa o tácita, o haya conocido el embarazo de su mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio. Si concurre alguna de estas circunstancias, el derecho

---

(57) Lacruz Berdejo, José Luis y otros..., "El Nuevo Régimen de la familia, II, 1ª edición 1981, pp. 54-55". "obra citada".

(58) (111) Cc. francés art. 314, Cc. italiano art. 233 y Cc. thailandés art. 1541.

prohíbe al marido "desconocer" la legitimidad del hijo mediante declaración auténtica en contrario, según lo dispuesto en el artículo 117, pero esto no afecta a la impugnación de paternidad.

#### 4.3.2.2. Impugnación de la presunción de paternidad por el hijo

Sobre la impugnación de la presunción de paternidad por el hijo, nada se establecía en el derecho español anterior; en efecto, la regulación en esta materia es una novedad introducida por el nuevo Código para la mejor protección del hijo. Este puede impugnar, por tanto, su legitimidad, según lo dispuesto en el artículo 137 (59).

Sobre las causas para impugnar la presunción de paternidad, hemos visto cómo, en el derecho comparado, los sistemas alemán y thailandés establecen causas parecidas; pero el derecho español no establece ninguna causa, por eso, el hijo puede impugnar la presunción de paternidad con la máxima amplitud, teniendo en este sentido las mismas posibilidades que el marido. El objeto principal de la prueba es la demostración de que no es el hijo del marido de su madre. El derecho actual permite aportar toda clase de pruebas en contrario, incluidas las biológicas; por eso, el hijo puede impugnar la presunción de paternidad con gran amplitud, pero en todo caso debe aportar una prueba suficiente y razonablemente demostrada de que no es su padre aquél cuya paternidad se impugna.

---

(59) Cc. español art. 137: "La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde así mismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos".

C A P I T U L O   V

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

## 5. INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

La investigación de la paternidad y maternidad consiste en la búsqueda de la paternidad o maternidad real, incluso a través de las pruebas biológicas, para llegar a la verdad más probable. Es necesario investigar cuando se quiera buscar el padre o la madre verdadero del hijo para ejercitar la acción de reclamación de filiación o la acción de impugnación de la legitimidad del hijo. Normalmente, si se tiene una prueba directa como la inscripción del nacimiento o la sentencia firme, no se necesita investigar porque es prueba suficiente para acreditar la filiación matrimonial. Hay que investigar cuando no exista prueba directa para demostrar que el hijo es del padre o de la madre que lo pretende, o no es del padre o la madre que lo niegan.

Precedentes históricos; antiguamente el derecho francés recogió un sistema prohibitivo de la investigación de la paternidad natural, y el derecho de algunos países como el derecho italiano y el propio derecho español acogieron la influencia del Código francés, el cual prohibió la investigación de la paternidad, salvo en el caso de rapto de la madre hecho por el presunto padre en fecha coincidente con la de la concepción (art. 340).

El Código italiano en 1865, no la admitía más que en los casos de rapto o estupro violento cometido en la persona de la madre (art. 189), y admitía por el contrario la libre investigación de la maternidad natural como en el Código francés (1).

El derecho español también acogió la influencia del Código francés como veremos después.

---

(1) Espín Cánovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, vol. IV, Familia 6ª edic., adaptada a la Constitución y a las Leyes de reforma del Cc. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 310.

## 5.1. DERECHO COMPARADO

En los distintos ordenamientos, generalmente se admite sin ningún problema la investigación de la maternidad, pero existen diversos criterios para admitir la investigación de la paternidad. Se pueden distinguir los criterios siguientes:

### 1) Criterio prohibitivo absoluto:

Fue el sistema impuesto por el Código de Napoleón, el cual era muy estricto en la prohibición de la investigación de la paternidad. El derecho francés permitía, sólo, la posibilidad de investigación en el caso de rapto cuando su fecha coincidiese con la de la concepción del hijo natural (art. 340). En el derecho italiano de 1865 por influjo del Código francés también se prohibía esta investigación, pero recogía más excepciones a la prohibición; así para el caso de rapto, comprendiendo también el de estupro violento (artículo 189) (2).

Pero tanto el Código francés como el italiano han evolucionado de este criterio rígido a otro de más atenuada prohibición.

### 2) Criterio prohibitivo con amplias excepciones:

Este criterio también recoge en principio la prohibición de investigación de la paternidad, pero de un modo relativo, ya que se permiten más excepciones en supuestos concretos e importantes como veremos.

En el derecho francés, la ley de 15 de julio de 1955 reformó el artículo 340 del Código, permitiendo la investigación de la paternidad en los siguientes casos: rapto o violación, cuando su época coincida con la de la concepción; seducción dolosa; existencia de cartas u otro escrito privado del padre de los que resulte confesión inequívoca de paternidad; concubinato notorio del padre con la madre durante el tiempo legal de la concepción; cuando el padre haya provisto, en calidad de tal, al mantenimien-

---

(2) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 313 "obra citada".



to del hijo (3).

La Ley de 3 de enero de 1972 ha facilitado la investigación en los supuestos que recoge la ley de 15 de julio de 1955.

En el Código italiano, la codificación de 1942 modificó el criterio anterior, permitiéndose la investigación de la paternidad en ciertos casos; como en el concubinato notorio de los padres al tiempo de la concepción; sentencia civil o penal de la que resulte la paternidad; declaración escrita del padre de la que resulte la paternidad de modo inequívoco; rapto o violencia carnal en el tiempo correspondiente a la concepción; posesión de estado de hijo natural (artículo 269) (4).

El derecho español anterior utilizaba este criterio también como veremos después.

3) Criterio permisivo, con eficacia restringida a los alimentos:

El Código alemán no prohíbe la investigación de la paternidad natural, sino que facilita su prueba en base a una presunción de paternidad, es decir, la prueba de la cohabitación con la madre durante el tiempo de la concepción legal. Pero esta prueba puede ser destruida, así, por ejemplo: el marido puede probar que su mujer ha cohabitado con otro hombre en ese período.

La admisión de la investigación de la paternidad, incluso facilitada por la presunción derivada de la cohabitación de los padres al tiempo de la concepción, no produce más efecto que el de una pretensión de alimentos contra el padre ilegítimo (parágrafo 1708), pero no existe ni la patria potestad sobre el hijo, ni existe entre padre e hijo el recíproco derecho sucesorio y de alimentos propios de los parientes, pues de esa paternidad natural no se deriva parentesco en sentido jurídico (parágrafo 1589) (5).

---

(3) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 313 "obra citada".

(4) Ibidem.

(5) Ibidem.

- 4) Criterio permisivo sin equiparación de los hijos ilegítimos a los legítimos en la investigación de la paternidad:

El sistema permisivo de la investigación de la paternidad, pero sin equiparación de derechos con los hijos legítimos, fue el tradicional en el Derecho castellano y catalán (6).

- 5) Criterio permisivo con equiparación de los hijos ilegítimos a los legítimos.

Este sistema fue seguido en Noruega (1915) y en la Unión Soviética (1918). La ley italiana de 25 de mayo de 1975 establece el sistema permisivo para la investigación de la paternidad o maternidad, salvo los casos en que no cabe el reconocimiento (filial incestuosa), siendo admisible la acción para la declaración judicial cuando parezca justificada (arts. 269, 274, 278). Los derechos de los hijos naturales son los mismos que los que tienen los legítimos, incluso hereditarios (arts. 261, 536, 637). Cuando no cabe la acción de declaración judicial de paternidad o maternidad se concede acción para obtener alimentos, instrucción y educación, acción admisible previa autorización del juez (art. 279) (7).

- 6) Combinación de los criterios prohibitivo y permisivo.

La ley de Bélgica de 6 de abril de 1908 permitió la investigación de la paternidad y la acción a efectos de alimentos fundada en la probabilidad de la paternidad, reformando el Código francés allí vigente. Se admite la investigación de la paternidad cuando exista posesión de estado y en caso de haber rapto por violencia, astucia o amenaza, detención, secuestro arbitrario o violación durante el período legal de la concepción (art. 340a). Además se permite al hijo natural reclamar a la persona que tenía relación con su madre durante el período legal de la concepción una pensión anual para su mantenimiento, y educación hasta que tenga 18 años cumplidos; la prueba de estas relaciones serán:

---

(6) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 316 "obra citada".

(7) Ibidem.

la confesión en actas o escritos emanados del demandado, de su carácter habitual y notorio, del atentado al pudor consumado sin violencia sobre la persona de una menor de 16 años cumplidos, de la seducción de la madre por promesa de matrimonio, por manio-  
bras fraudulentas o abuso de autoridad (art. 340b) (8).

## 5.2. DERECHO ESPAÑOL

Anteriormente sobre la investigación de la paternidad, existía gran controversia y no se admitía libremente esta investigación. Pero la ley de 13 de mayo de 1981, admite ampliamente la investigación de la maternidad y paternidad, mediante todo tipo de pruebas, incluso las pruebas biológicas, como se establece en el artículo 127:

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

El derecho actual exige "un principio de prueba de los hechos en que se funde", sin decir si ha de ser o no por escrito, como sucedía en el derecho anterior en que se exigía un principio de prueba "por escrito", como veremos.

### 5.2.1. El Derecho español anterior

Antiguamente existía un debate sobre si se admitía la investigación de la paternidad, y si tenía que darse el reconocimiento del hijo, de una manera expresa o sólo tácitamente. Sobre este tema hubo muchas sentencias dadas por el Tribunal Supremo como las de 8 de octubre de 1853, 13 de junio de 1863, 25 de enero de 1865, 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873 en las que

---

(8) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 317 "obra citada".

prevaleció la opinión como dice Castán (9) de que al no exigirse por la ley forma especial de reconocimiento, estaba admitido el tácito o presunto, así como se admitió que era lícita la investigación de la paternidad.

Por influencia del Código francés en el derecho español, la ley de Bases de 11 de mayo de 1888 establecía en la base 5ª que "no se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad" (10).

Y para cumplir esta base, se establecieron los derogados arts. 135 y 136, relativos a la paternidad y maternidad naturales.

El derogado artículo 135 decía: "El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

Y el derogado artículo 136: "La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:

1. Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2. Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo".

---

(9) Ibidem., p. 311.

(10) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 311 "obra citada".

Estas normas siguieron el criterio de la prohibición de investigación de la paternidad del Código francés, pero era menos rígido al reconocer más excepciones, pues no sólo admitía la investigación en el caso de delito (rapto, violación, estupro), sino también cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la paternidad o cuando el hijo se halle en la posesión de estado. Por eso, el derecho español anterior permitía la investigación de la paternidad de una manera más amplia que el derecho francés.

Sobre la investigación de la paternidad, en el supuesto de que hubiera posesión de estado o condena penal por violación, estupro o rapto, era más fácil de llevar a cabo, porque en el caso de existir la posesión de estado se podía investigar de las circunstancias o de los testigos, etc.; y en el caso de condena penal, ya existía la sentencia firme, que tenía el mismo valor que se daba al acta de nacimiento. Pero en la investigación en base a un principio de prueba, era más difícil, y se exigía que fuera un principio de prueba por escrito como establecían los derogados artículos 117 (11) y 135.1.

En el caso de existir un principio de prueba por escrito del padre para reconocer el hijo, la ley de Bases de 11 de mayo de 1888, decía en la base 5ª que tenía que haber una voluntad indubitada, de reconocer por suyo al hijo, pero en el derogado artículo 135, no se establecía nada sobre "la voluntad deliberadamente expresada de reconocer el hijo", sólo se decía que "exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad".

Sobre el escrito del padre para reconocer el hijo, se dieron interpretaciones muy diversas del texto legal entre un sentido

---

(11) El derogado artículo 117: "En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente".

restrictivo y otro declarativo como las siguientes:

a) La interpretación tradicional fue la restrictiva; se exigía que tenía que hacer el escrito indubitado de reconocimiento, expresamente, con el voluntario propósito de reconocer. Si no existía la voluntad del padre para hacer este escrito, no podía utilizarse esta prueba en la investigación de la paternidad. (Ss 23-junio-1922, 7-abril-1924, 17-junio-1927, 27-marzo-1940 y 28-noviembre-1941) (12).

b) La interpretación fue menos restrictiva, bajo la influencia de la Constitución del 31 declarando que había que interpretar el artículo 135 de modo declarativo, no exigiéndose en el escrito indubitado, otra cosa que lo que dice el artículo 135, como sucedía con el estado posesorio. (Ss 8-diciembre-1933, 27 abril y 21 noviembre 1934, 21-diciembre-1934, 9-mayo-1935 y 15 junio 1936) (13).

c) Respecto a la primera interpretación, se amplía de un modo todavía más restrictivo, al interpretarse "el escrito indubitado del padre" de un modo más estricto, exigiendo que este escrito tenía que ser hecho de puño y letra del padre. (Ss. 13-febrero-1907 y 25 febrero 1914), no bastaba sólo la firma del padre (Ss 23-junio-1922 y 8 junio 1929), pues "es preciso, según la jurisprudencia de esta Sala, que el documento sea autógrafo, no bastando, por tanto, el escrito a máquina, aunque esté firmado por el pretendido padre "(Sentencia 7-noviembre-1961) (14).

De todo esto se deduce que en el derecho anterior, se admitía la investigación de la paternidad estrictamente, es decir, sólo en los casos de que existiera un escrito indubitado del padre, reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión de estado, además de los casos de violación, estupro o rapto. El principio de prueba siempre tenía que ser escrito como hemos visto.

---

(12) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 321 "obra citada".

(13) Espín Cánovas, Diego, 1981, p. 321 "obra citada".

(14) Ibidem., p. 322.

### 5.2.2. El Derecho español actual

Se admite la investigación de la paternidad tanto como de la maternidad ilimitadamente y esta es posible tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial. El derecho actual permite aportar todas las pruebas incluidas las biológicas (15), por tanto, todos los interesados en las acciones de la reclamación de la filiación o de impugnación de la paternidad o maternidad pueden aspirar a la investigación y prueba de la verdadera paternidad o maternidad.

El artículo 113 ap.1 dice que: "La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil".

Conforme a este artículo, puede probarse la filiación por la inscripción, por el documento o sentencia firme, por la presunción de paternidad y por la posesión de estado. Si existe algunos de estos medios mencionados, no se necesita investigar la paternidad, por ejemplo: Si existe inscripción en el Registro Civil o una sentencia firme, en los dos casos son pruebas expresas, y por tanto, no hace falta investigar la paternidad. Pero si existen otros medios como la presunción de paternidad o la posesión de estado, hay que investigar, pero es una cuestión fácil, ya que puede buscarse el día del matrimonio, del nacimiento del hijo o de la disolución del matrimonio de los padres, o también puede buscarse las circunstancias en que se basa la posesión de estado.

Si no existe ninguno de estos supuestos, es necesario realizar la acción de investigación de paternidad a través de muy diversos medios, porque el derecho actual admite todas las pruebas, ilimitadamente como se ha establecido en el artículo 127 siguiente:

---

(15) Cc. español artículo 127.

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

Conforme a este artículo, puede aportarse "un principio de prueba de los hechos en que se funde", lo que pretendemos, el Código no establece que "el principio de prueba" tiene que ser "por escrito" como se establecía en el derecho anterior, por eso, "un principio de prueba" puede ser cualquier documento en que pueda basarse la prueba de la acción de la investigación de paternidad o puede ser también lo que digan los testigos o cualquier circunstancia de los hechos en que se funde, por ejemplo: se puede referir a los testigos para probar que la madre tuvo relación sexual con otro hombre en el período de la concepción. Se establece sobre el principio de prueba una posibilidad más amplia, menos estricta que en el derecho anterior, no necesita ser prueba escrita.

### 5.3. LAS PRUEBAS BIOLOGICAS

El derecho español actual admite libremente la investigación de la paternidad y de la maternidad a través de todas las pruebas, incluidas las biológicas. Antes, de la última reforma del Código civil, no se admitían las pruebas biológicas como se puede ver en la sentencia del T.S. de 24 de enero de 1947, que rechazó las pruebas biológicas de la impugnación de paternidad legítima, fundándose en que eran "contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador" (16).

Después de la reforma, de 13-mayo-1981, se admiten las prue-

---

(16) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús y Rivero Hernández, Francisco. El nuevo régimen de la familia, II, Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1ª edición, 1981, pp. 35-36.



bas biológicas, y, actualmente, estas pruebas son consideradas como muy seguras y solventes, pues se da en ellas un margen de error mínimo comparadas con otras pruebas.

Las pruebas biológicas han triunfado plenamente en la práctica y en la jurisprudencia de la mayor parte de los países, y, sobre todo, en aquellos que tienen mayor peso específico en el orden jurídico, científico y biológico (17).

En la mayoría de estos países se emplean, además, desde hace mucho tiempo. Estas pruebas normalmente son más seguras y ayudan más para determinar la exclusión de una presunta paternidad que para poder llegar a través de ellas a una afirmación de la paternidad. Podemos estudiar las pruebas biológicas siguientes:

1) La prueba de los grupos sanguíneos; sobre el estudio de los caracteres de los grupos sanguíneos, se puede alcanzar, actualmente con grandes probabilidades la exclusión de una paternidad presunta en más de un 98% de casos, porque, hoy por hoy, su efecto, sólo, es decisivo para decir que determinada persona no es el padre de un hijo, y no lo contrario, es decir, que es más difícil con estas pruebas afirmar que una persona es el padre de un niño. Se emplea en muchos países, como en Alemania, desde 1928 en la investigación de paternidad, y, desde 1931 sin restricción alguna; en Suiza, desde 1944 para la filiación no matrimonial, y, desde 1945, para la legítima; en los países latinos (Francia, Bélgica, Italia) se introdujo al principio con más dificultad y fue admitida antes para filiación no matrimonial, practicándose hoy ampliamente (18).

2) La prueba heredobiológica o antropomorfológica, se realiza en base al estudio de las semejanzas o las diferencias morfológicas del hijo, la madre y el presunto padre. Normalmente, los

---

(17) Lacruz Berdejo, José Luis y otros..., 1981, p. 38 "obra citada".

(18) Lacruz Berdejo, José Luis y otros..., 1981, p. 38 "obra citada".

hijos tienen muchos caracteres morfológicos iguales que los de sus padres, reflejados en el parecido de los ojos, la boca, las manos, etc. Estas pruebas pueden producir varios efectos que van desde la exclusión de la paternidad hasta la afirmación de la paternidad. Por eso, esta prueba es más efectiva, a la hora de afirmar la paternidad de una persona, que la prueba de los grupos sanguíneos. Esta prueba se practica en Alemania, Austria y Suiza.

3) La prueba del grado de madurez del recién nacido, prueba que demuestra con mucha probabilidad la exclusión de la paternidad. Puede comprobarse que hay una relación importante entre la duración de la gestación de la madre y el grado de madurez del recién nacido, es decir, puede comprobarse la relación que hay entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido, como las tallas, pesos, diámetros y perímetros craneales en el momento del nacimiento. Estos datos son muy importantes y pueden ayudar a comprobar, con otros signos de madurez o inmadurez, la posibilidad de que una persona sea el padre o no, dada la fecha en que tuvo relación con la mujer. Esta prueba es admitida y practicada en Alemania, Suiza, Polonia y en Francia.

Según vemos, pues, las pruebas biológicas, se realizan en la mayor parte de los países como hemos visto, con gran éxito; y, también, desde la reforma de 13 de mayo de 1981 han sido introducidas plenamente en el derecho español, y como afirma Rivero Hernández: "Sin prejuizar el futuro, creo que cabe esperar mucho de la admisión y juego que puedan dar en nuestro Derecho y procesos de filiación estas pruebas, tan esperadas y echadas de menos, particularmente la de grupos sanguíneos, para la que se dispone en nuestro país de centros y especialistas de solvencia" (19).

Sobre la prueba de los grupos sanguíneos, vamos a analizar profundamente lo dispuesto en el "Common Law".

---

(19) Lacruz Berdejo, José Luis y otros..., 1981, p. 39, "obra citada".

La evidencia más segura es producida por la prueba de sangre. Estas pruebas deben ser utilizadas en diferentes circunstancias: así, el marido debe intentar demostrar que el hijo no es suyo, con el fin de probar el adulterio de la mujer y consecuentemente queriendo que la prueba sanguínea tenga el carácter de evidencia sobre la que pueda fundamentarse una demanda de divorcio. Alternativamente, puede intentar probar que el niño es hijo suyo con el propósito de obtener sobre él la custodia, el mantenimiento, etc. El marido usualmente intenta probar que él no tiene obligación de mantener al hijo. Pero ya que es preciso que se declare una paternidad, tanto si ésta recae sobre el padre presunto como si recae sobre un tercero, ambos habrán de prepararse para asumir las obligaciones correspondientes en caso de que la prueba se deduzca su paternidad. La prueba sanguínea debe ser también útil para fundar la paternidad si el hijo es admitidamente ilegítimo (por ejemplo, en los procedimientos de filiación, en los que la madre desea que las obligaciones de custodia y mantenimiento corran a cargo del hombre cuya condición de padre afirma, o si el hijo ilegítimo por sí mismo reclama los bienes que le corresponden como hijo de una persona determinada cuya paternidad alega.

Las características sanguíneas de una persona son hereditarias, y por tanto, habrán de seguirse las reglas siguientes para la determinación de la paternidad: si la sangre de la madre no posee las mismas características que la del hijo, éste tiene que haberlas heredado de su padre. Si la sangre de los hombres cuya paternidad se discute posee estas características, la prueba sanguínea no puede establecer ciertamente cuál de ambos es padre; y al contrario, si la sangre de uno de ellos no posee las mismas características que la del hijo, éste seguramente no es hijo suyo. Respecto al ejemplo mencionado, podemos ver que aunque la prueba sanguínea no se puede utilizar afirmando totalmente quién es padre del hijo, sí permite probar quién no lo es. En algunos casos, no obstante, el cálculo estadístico de posibilidades de que la sangre de un hombre tenga características raras, lo mismo que la del hijo, puede probar su paternidad por

cálculo de probabilidades. Obviamente, la prueba debe ser realizada a partir de la sangre tanto del hijo como del que afirma ser padre; en la mayoría de los casos, la prueba de sangre no se puede realizar sin examinar también la sangre de la madre (20).

El caso mencionado presenta una grave dificultad. Si todas las partes y la persona que custodie al hijo pueden estar de acuerdo, no existe ningún problema. Pero si en la prueba se puede demostrar sólo que una cierta persona no puede ser padre, la mujer podrá negarse a que se examine su sangre y la del hijo. El motivo es el siguiente: ¿por qué ha de admitir ella alguna evidencia que pueda demostrar su adulterio y dejar al hijo sin apoyo, dado que esta evidencia nunca podría repercutir positivamente en su situación?. Además, si la investigación de la paternidad es ordenada por el juez, como prueba, en un proceso en que el hijo demanda dicha paternidad, su tutor "ad litem" podrá oponerse a la prueba sanguínea por la misma razón (21).

La posición del "Common Law" en este caso fue finalmente establecida por House of Lords en el caso de S.V.S.; W.V. Official Solicitor (22). No es posible ordenar el examen de la sangre de un adulto contra su voluntad; por lo tanto, el juez no tiene autoridad en este punto (23). Por la misma razón, y debido a que la facultad de prestar el consentimiento a la operación quirúrgica del hijo menor depende de los padres que lo cuiden y controlen, el juez no puede ordenar que se analice la sangre del hijo sin consentimiento de los padres; o del hijo mismo, si éste es bastante mayor para comprender la naturaleza de la operación (24).

---

(20) Bromley, P.M., Family Law, Fifth Edition, London, Butterworths, 1976, PP. 286-287.

(21) Bromley, P.M., "obra citada", P. 287.

(22) (1970) 3 All E.R. 107, H.L.; (1972) A.C. 24.

(23) W.V.W. (No.4), (1963) 2 All E.R. 841, C.A.; (1964) P. 67. See also S.V.S., (supra), at PP. 111 and 43 (per Lord Reid) and 123 and 57, respectively (per Lord Hodson).

(24) S.V.S., (supra), at PP. 112 y 44, respectively (per Lord Reid).

Pero si los padres (o el hijo) consienten en que se realice la prueba, el juez podrá negarse a cualquier objeción formulada por parte del tutor "ad litem", otro cónyuge u otra persona interesada, salvo que se pueda demostrar que esta prueba será contraria al interés del hijo.

Los defectos de esta regulación fueron señalados por la Comisión de la Ley (Law Commission) en su "Informe sobre las Pruebas Sanguíneas y la Prueba de Paternidad en Procedimientos Civiles" (Report on Blood Tests and the Proof of Paternity in Civil Proceedings) (25) y sus recomendaciones han sido cumplidas por Parte III de "Family Law Reform Act 1969". Respecto a la sección 20 (1), "cualquier tribunal puede dirigir las pruebas sanguíneas, utilizándolas en algunos procedimientos civiles en que la paternidad de alguna persona es demostrada". El propósito de la prueba es el de establecer si una parte es excluida o no de ser considerado padre de la persona en cuestión. Por ejemplo: en los procedimientos administrativos, si la cuestión es si el demandante es hijo de una persona fallecida, el análisis de su sangre puede ser pedido por el juez. Este debe ordenar que las muestras de sangre sean extraídas de la persona cuya paternidad ha de determinarse, de su madre y de quien afirme ser su padre. La palabra "parte", en este contexto, presumiblemente significa "parte en los procedimientos"; este caso significa que si están de acuerdo en que el marido de la madre u otro hombre, X, pueden ser ambos padres del hijo y se desea analizar la sangre de X para saber si ha de excluirse de la paternidad, la práctica de esta prueba puede ordenarse sólo en el caso de que X tenga el carácter de parte.

No hay ninguna compulsión; por tanto, excepto en el caso de una persona que sufra desorden mental, las muestras de sangre no deben ser extraídas sin su consentimiento, si es mayor de dieciséis años, o el de la persona que le cuide y le controle, si es menor de dicha edad (26). Pero el tribunal puede considerar

---

(25) 1968, Law Com. No. 16.

(26) Bromley, P.M., "obra citada", P. 288.

dichas deducciones como procedentes de la incapacidad de una persona para prestar el consentimiento, o bien tomar medidas sobre la dirección del procedimiento, y si se trata de un grupo de personas que reclama auxilio judicial para confirmar la presunción de legitimidad, el juez deberá rechazar su reclamación aunque no exista ninguna evidencia para impugnar la presunción (27). La última disposición se aplicará, por ejemplo, a la mujer que haya reclamado el mantenimiento del hijo de la persona que ella afirma ser su marido, que podrá negarse a que sean analizadas su sangre y la de su hijo; podrá aplicarse también a la tutela procedente del juez que haya reclamado el mantenimiento para él mismo, si se ha negado a que se analice su sangre después de la alegación de la ilegitimidad. Para excluir el demandante de la relieve en las circunstancias aparecidas que son razonables: la dificultad es que una deducción adversa puede afectar también al niño. Es dudoso si la Ley actúa correctamente o no al otorgar al juez poder para que se niegue a pronunciarse sobre el mantenimiento, debido a que la madre no consiente en realizar las pruebas sanguíneas, cuando la realización de éstas ha sido exigida por la ley; pero lo que se pretende es simplemente evitar la sentencia desfavorable para el hijo, declarando su ilegitimidad.

El informe por escrito del resultado de las pruebas es admisible (28). Dicho informe debe declarar que una parte ha sido excluida de la paternidad; en caso contrario, el valor del resultado determinaría su paternidad (29).

Podemos ver que estas disposiciones no pueden impedir la existencia de la evidencia: si todas las partes están de acuerdo, no será necesario obtener el consentimiento del juez antes de realizar las pruebas sanguíneas. Lo que sí puede exigir la ley es que se deje a la discreción del juez la práctica de la prueba si ellos no están de acuerdo. En el caso de S.V.S., House of Lords,

---

(27) Ibidem.

(28) Ibidem.

(29) Ibidem.

se resolvió que la discreción debería ser judicialmente ejercitada; pero el tribunal se negó a dictar algunas pautas al respecto. En el caso de S.V.S., todos los miembros de la Cámara opinaron que la prueba debía ordenarse; pero el juez tenía obligación de proteger al hijo y la regla general debía ser evitada si la prueba "era contraria al interés del hijo" (30), si "se tenían en cuenta las realidades y circunstancias del caso particular, los intereses de un hijo y su protección exigían tal conducta del juez, incluso ocultándose la evidencia" (31) o si "sería injusto ordenar un "test" por una razón colateral para asistir a la litigante en su demanda" (32). Ni el estigma social ni la inhabilidad legal que supone la posición de hijo ilegítimo son tan graves como en su día lo fueron, y House of Lords se negaron a aceptar que la mera realidad de la prueba -que podía establecer concluyentemente que el hijo era ilegítimo- fuera suficientemente contraria al interés del hijo como para negarse a dar su consentimiento para realizarla; así, en el caso de W.V. Official Solicitor, se había cerrado el caso no sabiéndose quién era el padre (este riesgo no es muy grande en las demandas de origen público, en que todas las evidencias pertinentes deben ser disponibles). La supresión de la evidencia desalentaba al marido, cuyas sospechas serían suprimidas, aceptando que el hijo era suyo, cuando en la prueba no se excluía su paternidad; y el hijo mismo, posteriormente, debía de verse perjudicado por el hecho de que, en ese momento, la investigación completa no fue concluida. Normalmente es el interés del hijo -así como el interés público- el que se ve favorecido por el descubrimiento de la verdad (33); y en los procedi-

---

(30) Per Lord Reid, (1970) 3 All E.R. at P. 113; (1972) A.C. at P. 45.

(31) Bromley, P.M., "obra citada", P. 289.

(32) Ibidem.

(33) S.V.S., (supra), at PP. 113 and 45 (per Lord Reid), PP. 122 and 155-56 (per Lord Morris), PP. 124 and 59, respectively (per Lord Hodson). "Obra citada".

mientos de divorcio, al menos, la dirección es normalmente concedida (34). Existen pocas dudas en punto a la negativa del juez a admitir la dirección de la prueba si el marido únicamente ha buscado ésta con el propósito de adquirir la evidencia del adulterio de su mujer; una cosa que todavía no aparece clara es cómo ejercitarán los jueces sus atribuciones en situaciones como la presentada en el caso de B.V.B. y E. (35). La madre no había sugerido que el hijo era ilegítimo hasta después de transcurridos los tres años siguientes al nacimiento de éste, la madre había dejado a su marido para vivir con el hombre que, en ese momento, afirmaba ella ser el padre del hijo. El marido, que deseaba retener la custodia del hijo, negó la prueba de sangre e insistió en que se aplicara la presunción de legitimidad. El juez falló considerando que, en estas circunstancias, el marido había actuado razonablemente y no podían extraerse conclusiones contrarias a su negativa; por lo tanto, nada se falló respecto al hijo. En este caso, sin embargo, se consideró que, si la evidencia de los grupos sanguíneos no aportara pruebas definitivas, la presunción de legitimidad prevalecería; por tanto, si podía probarse que el amante de la madre debía ser el padre, ¿por qué debía permitirse al último aprovechar la presunción legal citada, cuando esta clase de prueba había sido desconocida? (36).

---

(34) "Practice Direction" (Paternity: Guardian ad Litem), (1975), 1 A11 E.R. 223.

(35) (1969) 3 A11 E.R., 1106, C.A.

(36) Bromley, P.M., "obra citada", PP. 289-290.



C A P I T U L O    V I

CONFLICTO DE PRESUNCIONES DE PATERNIDAD

## 6. CONFLICTO DE PRESUNCIONES DE PATERNIDAD

La aplicación de la presunción de paternidad legítima puede dar lugar a posibles conflictos, así por ejemplo: ante dos matrimonios sucesivos; también pueden producirse estos conflictos de atribución de paternidad en virtud de reconocimiento de paternidad natural (1) e incluso pueden producirse según algunos derechos, como el thailandés en supuestos tan concretos como la bigamia.

### 6.1. EN EL CASO DE QUE LA VIUDA CONTRAIGA NUEVA NUPCIA

Desde la celebración del matrimonio hasta que terminan los plazos máximos de la presunción de paternidad puede darse el conflicto entre dos presunciones de paternidad; así si la mujer contrae nuevas nupcias dentro de los plazos prohibidos, siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges y nace el hijo dentro del tiempo conformado a las dos presunciones de paternidad (por el primer marido y por la que surge de este segundo). En estos casos, legalmente, puede atribuirse la paternidad tanto al primer marido, por no haber transcurrido los trescientos días desde la disolución del primer matrimonio como al segundo marido, por haber transcurrido más de ciento ochenta días desde la celebración del segundo matrimonio o por nacer desde la celebración de este matrimonio, según establezca la presunción de paternidad de cada Código de los diversos países.

El derecho de la mayoría de los países prohíbe a la mujer contraer nuevo matrimonio dentro del período legal fijado después de la disolución del matrimonio, así se las prohíbe casar nuevamente, antes de transcurrir los plazos prohibidos siguientes a la disolución del matrimonio anterior como lo establece en el derecho coreano, chino (Taiwan), filipino, japonés y thailan-

---

(1) Espín Cánovas, Diego, "Manual de Derecho Civil español, Vol. IV, Familia", 6ª edición, adaptada a la constitución y a las Leyes de reforma del Código Civil, 1981, P. 293.

dés (2).

El derecho comparado establece de modo concreto la prohibición de contraer nuevo matrimonio a la viuda antes de transcurrir los plazos fijados después de la disolución del matrimonio anterior, porque si la viuda contrae el nuevo matrimonio, contraviendo la prohibición mencionada, podrá existir el problema de

---

(2) Cc. coreano art. 811: Una mujer no puede contraer nuevo matrimonio salvo que hayan transcurrido seis meses a partir del día de la terminación de su matrimonio anterior. Sin embargo, esta regla no se aplica si la mujer ha dado a luz después de la terminación de su matrimonio anterior.

Cc. chino (Taiwan) art. 987: Una mujer no puede contraer nuevo matrimonio hasta que hayan transcurrido los seis meses posteriores a la disolución de su primer matrimonio, salvo que haya dado a luz dentro de esos seis meses.

Cc. filipino art. 84: No puede contraer matrimonio la viuda hasta que hayan transcurrido los trescientos días siguientes a la muerte de su marido, salvo que haya dado a luz en ese período.

Cc. japonés art. 733: Una mujer no puede contraer nuevo matrimonio salvo que hayan transcurrido los seis meses a partir del día de la disolución o anulación de su matrimonio anterior. En el caso de que la mujer esté embarazada antes de la disolución o anulación de su matrimonio anterior, el párrafo anterior no se aplicará en tanto no haya dado a luz.

Cc. thailandés art. 1453: La mujer cuyo marido haya muerto o cuyo matrimonio se haya disuelto por otra causa, podrá contraer nuevo matrimonio cuando desde la disolución del matrimonio haya transcurrido más de 310 días, salvo que:

- 1) Se dé a luz durante ese tiempo.
- 2) Se case con el mismo cónyuge.
- 3) Haya un certificado médico afirmando que la mujer no esté embarazada.
- 4) Haya una sentencia firme que permita a la mujer contraer matrimonio.

determinar la paternidad del hijo. El derecho establece esta prohibición para evitar el problema de que la viuda pueda estar encinta del primer marido, y si se casa nuevamente en un tiempo cercano de la disolución del matrimonio anterior, podrá darse lugar a un conflicto en el que no pueda saberse si el hijo es del primer marido o del segundo. Pero si han transcurrido los 300 días del plazo, no se presume hijo del primer marido, (salvo que éste tenga relación sexual con la mujer después de la disolución del matrimonio; este caso encierra en sí una situación distinta que hay que probar). Pero el derecho establece esta prohibición sin recoger ninguna disposición sancionadora de que si la persona la contraviene, cometerá un delito y será castigada; únicamente en el derecho de algunos países se establece que el matrimonio posterior podrá ser anulado como ocurre en los Códigos coreano, chino y japonés (3).

Por tanto, puede ocurrir siempre el caso de que la viuda contravenga esta prohibición por contraer nueva nupcia dentro de

---

(3) Cc. coreano art. 816: La decisión judicial para la anulación del matrimonio puede ser utilizada en cualquiera de los siguientes casos específicos:

1. Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo los preceptos de los artículos 808-811.

Cc. coreano art. 821: No se aplica la anulación del matrimonio contraído contraviniendo la provisión del artículo 811 después de transcurrir seis meses desde el día de la disolución o anulación del matrimonio anterior, ni tampoco se la aplica en el caso de que la mujer haya quedado embarazada después de su nuevo matrimonio.

Cc. chino art. 994: Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo el precepto del artículo 987, el ex-marido o sus descendientes por consanguinidad pueden pedir al juez que se decrete la anulación; pero dicha anulación no puede ser realizada cuando hayan transcurrido los seis meses posteriores a la disolución del matrimonio anterior, o cuando la mujer esté embarazada después del matrimonio posterior.

Cc. japonés art. 744 (2): En el caso del matrimonio contraído

los plazos prohibidos siguientes a la disolución del primer matrimonio produciéndose entonces un conflicto entre dos presunciones de paternidad si el nacimiento del hijo ocurre dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio; se puede atribuir la paternidad tanto al primer marido y como al segundo marido cuando el nacimiento ocurra durante el segundo matrimonio. Según esto, el hijo es de dos padres en el mismo tiempo. El derecho debe resolver este conflicto, porque no es posible que el hijo tenga dos padres en el mismo tiempo.

Hay varios criterios para resolver este conflicto, citamos los siguientes:

a) Atribución de la paternidad al segundo marido: según este criterio, se opina que el segundo marido será el padre del hijo por las razones siguientes:

Por Voet, en razón a la temeridad del segundo marido, por haberse casado demasiado pronto y en contra de la prohibición legal (4).

Para Demolombe, por razones de probabilidad y de moralidad (¿Cómo suponer que la mujer, estando encinta del primer marido, haya vuelto a casarse?) (5).

Espín, opina que es presumible que aún antes del nuevo matrimonio el segundo marido controlase la vida de la mujer, al menos

contraviniendo las provisiones de los artículos 732 ó 733, tanto uno de los cónyuges como el cónyuge anterior pueden pedir la anulación.

Cc. japonés art. 746: No se aplica la anulación del matrimonio contraído contraviniendo las provisiones del artículo 733 después de transcurrir seis meses desde el día de la disolución o anulación del matrimonio anterior, ni tampoco se la aplica en el caso de que la mujer haya quedado embarazada después de su nuevo matrimonio.

(4) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida; Francisco de Asís "Derecho de Familia" II, 2ª edición, 1975, P. 29.

(5) Lacruz Berdejo, José Luis, 1975, P. 29.

durante cierto tiempo (6).

Nuestra opinión es que este criterio es razonable, pues si el segundo marido se casa con la mujer demasiado pronto y en contra de la prohibición legal, tácitamente se acepta que es su hijo porque antes de casarse pueden tener relación sexual con la mujer. Normalmente antes de casarse los cónyuges tienen que conocerse y pueden controlar su vida, mutuamente, al menos durante cierto tiempo, como opinaba Es pín; es posible, o es más probable que el hijo sea del segundo marido que del primero, pues el segundo marido tiene más oportunidad de tener acceso con la mujer que el primero. Finalmente, creemos, que la mayoría de las mujeres tienen la suficiente moralidad y vergüenza, como para no casarse demasiado pronto con otro hombre si sabe que está embarazada del primer marido. Además el segundo marido, creemos, también, que si sabe que la mujer está embarazada del primer marido no se case hasta que nazca el hijo. Si el segundo marido se casa demasiado pronto, está aceptando que es su hijo, pues, puede haber tenido relación sexual con la mujer antes de casarse.

b) Ambas presunciones coexisten limitándose mutuamente, como establecía el sistema originario del Código alemán. El derogado artículo 1600 del Código alemán atribuía la filiación legítima al primero o segundo marido, según que el hijo naciera antes o después de los 270 días de la disolución del primer matrimonio, es decir, que si el hijo nace dentro de los 270 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, el hijo se atribuye al primer marido, y desde ese día hasta el resto del plazo legal máximo de concepción (que en dicho Código es de 302 días), al segundo marido (7).

Rivero Hernández, menciona que ya antes del Código alemán, Escriche, con referencia a Carranza, decía que si el hijo naciera poco después de los 6 meses de la celebración del segundo matrimonio, y el feto estaba a punto de nacer, debía atribuirse al primer ma-

---

(6) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 295 "obra citada".

(7) La modificación de la primitiva redacción del párrafo 1600 se debió a que la experiencia demostraba corresponderse con la realidad la paternidad del segundo marido.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 294 "obra citada".

rído; pero que si nacía al octavo o noveno mes del segundo matrimonio, es más fuerte la presunción de paternidad a favor del segundo marido, principalmente si podía sospecharse que el primero, por vejez, ausencia o enfermedad no había cohabitado con su mujer en los últimos momentos de su existencia. Sin embargo, entendía Escriche que, en igualdad de circunstancias parece que debía atribuirse el hijo al segundo marido, quien tiene además en su favor el hecho de haber acaecido el nacimiento en su matrimonio (8).

c) Ambas presunciones se neutralizan recíprocamente, debiendo resolver los Tribunales según los casos (9). Muchos autores, acaso la mayoría de la doctrina actual (ya Marcadé, Durantón Aubry y Rau, Josserand, Planiol y Ripert, etc.; también Carbonnier, Marty y Raynaud, De Page, Stolfi, Dusi, Barassi, etc.; en la doctrina española -Manresa, De Buen, Valverde, Royo Martínez, Castán, Bonet, Puig Brutau, Pere Raluy, Castro Pérez, etc.; últimamente, Rivero Hernández)- opinan que deben decidir los tribunales cada caso, valorando todas las pruebas aportadas; sin duda, como observa Castro Pérez, la prueba de grupos sanguíneos (que, en función excluyente ofrece absoluta seguridad), siendo practicable, será una de las más adecuadas; Rivero alude también a la heredobiológica o antromorfológica y la del grado de madurez del recién nacido.

Según este criterio, el derecho no establece ninguna norma para resolver el conflicto de las presunciones de paternidad, teniendo que ser los Tribunales los que resuelvan, según los casos, y generalmente los Tribunales suelen atribuírsela al segundo marido.

d) El hijo puede elegir el padre, según la opinión de algunos autores (Laurent, Baudry-Lacantinerie, Ricci), es decir que era una facultad de elección que competía al hijo (10).

---

(8) Lacruz Berdejo, José Luis, "Derecho de Familia" 1975, P. 29, "obra citada".

(9) Lacruz Berdejo, José Luis, "Derecho de Familia", 1975, PP. 29-30, "obra citada".

(10) Lacruz Berdejo, José Luis, "Derecho de Familia, 1975, P.

Creemos que esta opinión (Tesis que hoy está prácticamente abandonada) de que sea el hijo el que pueda elegir el padre, debe complementarse con el tercer criterio, es decir, con la opinión de que deben dilucidar los Tribunales de quién se debe presumir hijo, es decir, que presunción de paternidad prevalece, la del primero o la del segundo marido. Y esto es así, porque, por el hecho de que el hijo elija al padre, no produce el efecto legal deseado sino se complementa con una sentencia dictada diciendo que presunción de paternidad prevalece.

En este criterio, a nuestro modo de ver, creemos que no se considera correctamente los vínculos de consanguinidad ni los sentimientos de la moral, sino sólo el interés privado (y a veces más bajo) del hijo. Esta elección libre puede producir un efecto incorrecto.

#### 6.1.1. Derecho comparado

En el derecho comparado, se recogen normas diferentes para resolver el conflicto de las presunciones de paternidad en manera distinta, como vamos a ver:

A) Presunción en favor del segundo marido: el Código alemán y Código thailandés regulan la norma para resolver este conflicto, atribuyendo la paternidad al segundo marido como vemos en los siguientes artículos:

En el Código alemán el artículo 1600 (11): "Si la mujer que contrae nuevo matrimonio da a luz, y conforme a los artículos 1591 y 1592, el hijo será hijo legítimo del primer y segundo marido, se considera que es hijo legítimo del segundo marido.

Si la legitimidad del hijo así establecida es impugnada y se declara judicialmente que el niño no es legítimo del segundo marido, se considerará como hijo legítimo del primer marido.

---

29, "obra citada".

(11) La redacción actual del párrafo 1600 del B.G.B., se debe a la Ordenanza de 6-2-43, más tarde incluida en la ley de 11-8-61, de la República Federal Alemana, sobre unificación



Si puede demostrarse que el primer marido tampoco es padre del hijo, el plazo para impugnar empieza rápidamente desde el día de la sentencia declarada en el segundo párrafo".

En el Código tailandés el artículo 1537: "En el caso de que la mujer contraiga nuevo matrimonio contraviniendo la prohibición del artículo 1453 (12) y da a luz dentro de los 310 días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del segundo marido y prohíbe regir la presunción de paternidad establecida en el artículo 1536 (13) en que se presume hijo legítimo del primer marido, salvo que haya la sentencia firme declarando que no es hijo legítimo del segundo marido".

Los dos códigos presumen hijo legítimo del segundo marido al nacido de la viuda que contrae matrimonio contraviniendo la prohibición legal. La doctrina quiere evitar el problema de que el hijo tenga dos padres en el mismo tiempo, aunque pueda existir la duda o la inseguridad de que el hijo sea de cualquier marido de los dos; el derecho no deja la laguna, por eso, se presume, previamente, hijo del segundo marido. El Código tailandés establece ade

---

y modificación de preceptos de Derecho de familia.

Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 294. "obra citada".

(12) Cc. tailandés Art. 1453: La mujer cuyo marido se haya muerto o cuyo matrimonio se disuelva por otra causa, podrá contraer nuevo matrimonio cuando desde la disolución del matrimonio haya transcurrido más de 310 días, salvo que:

1) Se dé a luz durante ese tiempo.

2) Se case con el mismo cónyuge.

3) Haya un certificado médico afirmando que la mujer no esté embarazada.

4) Haya una sentencia firme que permita a la mujer contraer matrimonio.

(13) Cc. Thailandés Art. 1536 ap.1: El hijo nacido de la mujer durante el tiempo que es la esposa del hombre (su esposo y presunto padre) o dentro de los trescientos diez días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del marido o sea del que era marido, respectivamente.

más de la prohibición de utilizar la presunción de paternidad del artículo 1536, en que se presume hijo legítimo del primer marido, para afirmar la presunción de paternidad del segundo marido.

Sin embargo, los dos Códigos siguen estableciendo que si la legitimidad del hijo es impugnada y se declara judicialmente que el niño no es hijo legítimo del segundo marido, se considerará como hijo legítimo del primer marido. El derecho establece, por considerar y respetar la verdad por encima de todo que en un principio se presume hijo del segundo marido, pero si éste no es el padre verdadero del hijo, el derecho necesita rectificar este defecto para buscar al verdadero padre; pero hay que tener la declaración judicial que el hijo no es del segundo marido para poder destruir la presunción de paternidad del segundo marido antes de presumir que es hijo legítimo del primer marido.

Esta doctrina es razonable especialmente la posibilidad de aplicar la presunción de paternidad atribuible al primer marido si la legitimidad del hijo es impugnada y se declara judicialmente que el niño no es hijo legítimo del segundo marido. El derecho establece previamente estas normas para favorecer la legitimidad del hijo, pues si no se presumiese hijo del primer marido, después de impugnarse la paternidad del segundo marido, el hijo no tendría padre y podrían existir muchos problemas para este niño.

El Código filipino presume también hijo del segundo marido si ha nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio posterior (14).

---

(14) Cc. filipino art. 259: Si el matrimonio ha sido disuelto por la muerte del marido, y la mujer ha contraído otro matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a dicha muerte, se aplicarán las siguientes reglas:

(1) ...

(2) El Hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio subsiguiente se presume, desde el principio, que ha sido concebido durante el matrimonio citado, aunque haya nacido dentro de los trescientos días posteriores a la muerte del marido anterior.

El nuevo Código portugués de 1966 sigue también este criterio, atribuyendo al segundo marido el hijo nacido después de los ciento ochenta días de casamiento; pero cabe la impugnación de esta presunción de forma, que si resultara procedente "renace la presunción relativa al otro marido de la madre" (arts. 1806 y 1812) (15).

Esta solución es seguida también por el Código austríaco, que fue modificado por la Ordenanza de 6 de febrero de 1943 (arts. 132,2 y 159 b), por el Código polaco de la familia y de la tutela de 25 de febrero de 1964 (art. 62,2º), por el Código mejicano (art. 334) y por el Código argentino (art. 242). (16).

B) Presunción en favor del primer marido: el Código filipino contiene una norma para resolver el conflicto, atribuyendo la paternidad al primer marido si el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio posterior y dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del anterior marido (17).

C) Recíproca limitación temporal de ambas presunciones: es la solución regulada por el Código alemán anterior, según la cual, si el hijo nace dentro de los 270 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, el hijo se atribuye al primer marido, y

---

(15) Espín Cánovas, Diego, 1981, "obra citada", P. 294.

(16) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 294 y Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, "obra citada", P. 29.

(17) Cc. filipino art. 259: Si el matrimonio ha sido disuelto por la muerte del marido, y la mujer ha contraído otro matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a dicha muerte, se aplicarán las siguientes reglas:

(1) El hijo nacido antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio subsiguiente se presume, salvo prueba en contrario, que ha sido concebido durante el matrimonio anterior, si ha nacido dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del anterior marido.

(2) ...

desde ese día hasta el resto del plazo legal máximo de concepción (que en dicho Código es de 302 días), al segundo marido (18). Pero después, la ley de 11 de agosto de 1961, modificó el sistema del artículo 1600 y actualmente el Código alemán artículo 1600 lo presume hijo legítimo del segundo marido.

D) Neutralización de ambas presunciones: deben resolver los Tribunales según los casos: el Código coreano de 1975 y el japonés de 1966 establecen en sus artículos 845 y 773 que la solución en este caso ha de resolverse judicialmente (19).

Este criterio es el mismo que el recogido en el derecho francés; Planiol (20) opina que, en el caso de que la viuda contraiga un segundo matrimonio antes de transcurrir los plazos legales prohibidos, el derecho francés no establece nada sobre la resolución de la presunción de paternidad, y por eso, los legisladores franceses se inclinaron por una solución judicial por considerar a la presunción de paternidad en el caso normal juntada a otras pruebas y otras circunstancias.

Según este criterio, en el derecho de los países no existe una norma legal para resolver este conflicto y la laguna que se

---

(18) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 294, "obra citada".

(19) Cc. coreano art. 845: En el caso de que la mujer que haya contraído nuevo matrimonio contraviniendo las provisiones del artículo 811, haya dado a luz, siendo imposible determinar el padre del hijo de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, el juez determinará la paternidad.

Cc. japonés art. 773: En el caso de que la mujer que haya contraído nuevo matrimonio contraviniendo las provisiones del artículo 733, parágrafo I, haya dado a luz, siendo imposible determinar el padre del hijo de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, el juez determinará la paternidad.

(20) Planiol, Civil Law Treatise, An English Translation By Louisiana State Law Institute, 11 th Edition, Vol. II, Part. I, pp. 778-779.

abre debe ser resuelta por los Tribunales en cada caso. Muchos autores acaso la mayoría de la doctrina actual opinan también que deben decidir los tribunales cada caso, valorando todas las pruebas aportadas (21).

E) El hijo puede elegir el padre, el derecho inglés; según la doctrina opina permite al hijo mayor de edad elegir a su padre cuando los dos maridos de la madre pueden ser padres de este hijo (22).

Sobre los criterios mencionados, un autor español opina que "nos parecen más lógicas las soluciones positivas, de atribución de paternidad a uno de los maridos que las negativas, ya que éstas van contra la atribución de la legitimidad por el nacimiento en matrimonio dentro de los plazos legales (e incluso antes mediante ciertos requisitos) y suponen un serio obstáculo al estado de filiación matrimonial correspondiente en todo caso al hijo, por el juego de la presunción de paternidad, bien en favor de uno o de otro de los maridos" (23). La solución del Código alemán vigente es razonable, ya que es presumible que aun antes del nuevo matrimonio el que va a ser segundo marido haya controlado la vida de su futura mujer.

Por otra parte, al autorizarse la impugnación de la segunda presunción con el efecto de restablecer la del primer matrimonio, nos parece totalmente justo pues el derecho debe tender en todo momento a demostrar la presunción que se corresponda con la realidad, es decir, la verdad. Frente al sistema de neutralización de ambas presunciones dejándolas sin eficacia, lo que exige de modo forzoso la declaración judicial para resolver al conflicto, parece preferible el juego de la presunción, más verosímil, combi-

---

(21) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, P. 29, "obra citada".

(22) Tesis: "Hijo no matrimonial" de Rásada Methawikul, Master por la Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok (Thailandia), 1979, P. 96.

(23) Espín Cánovas, Diego, 1981, PP. 294-295, "obra citada".

nándolo con la posible impugnación en vía judicial.

Sobre este supuesto, existe un caso en Inglaterra, resolviendo que cuando el hijo ha sido concebido antes de la disolución del primer matrimonio por muerte del marido o por divorcio, cuando la madre ha contraído nuevo matrimonio antes del nacimiento del hijo, se presenta un conflicto entre las dos presunciones de paternidad. Pero si no existe ninguna prueba demostrando quién es el padre del hijo, en este caso, debía presumirse que "la madre no era adúltera", afirmándose la presunción de que "el hijo era legítimo del primer marido" (24).

### 6.1.2. Derecho español

#### 6.1.2.1. Derecho español anterior

El derecho español anterior a la reforma del 81 recogía la prohibición de que la viuda pudiera contraer nuevo matrimonio antes de los 301 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, como lo establecía el derogado artículo 45.2:

"Está prohibido el matrimonio:

2. A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal".

El derecho anterior establecía sólo la prohibición mencionada, pero no establecía nada, sobre el efecto de la contravención de esta prohibición. Por eso, si la viuda contraía un segundo matrimonio, contraviniendo la prohibición del derogado artículo 45.2; existiría el problema de que el hijo puede tener dos padres en el mismo tiempo.

---

(24) Re overbury, (1954) 3 All E.R. 308; (1955) Ch. 122; en este caso, el juez Harman resolvió estimando que el hijo era del primer marido.

Según esto, se podían dar los siguientes conflictos de las presunciones de paternidad en estos casos:

a) Si el hijo nacía dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, se atribuía al primer marido, y también al segundo marido, si nacía después de los 180 días desde la celebración del segundo matrimonio.

Sobre este conflicto, el derecho español anterior no establecía ninguna norma para resolverlo. Muchos autores de la doctrina española (Manresa, De Buen, Valverde, Royo Martínez, Castán, Bonet, Puig Brutau, Per Raluy, Castro Pérez, etc.; últimamente, Rivero Hernández) opinaban que debían decidir los tribunales cada caso, valorando todas las pruebas aportadas; sin duda, como observaba Castro Pérez, la prueba de grupos sanguíneos -que, en función excluyente ofrece absoluta seguridad-, siendo practicable, sería una de las más adecuadas; Rivero aludía también heredobiológica o antromorfológica y la del grado de madurez del recién nacido; pero la conocida S.24 enero 1947, respecto a la impugnación de la filiación legítima, afirmó que "no cabrá conceder ninguna (valoración) a las (pruebas) de carácter biológico, por ser contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador": por tanto, no las excluye, en principio para resolver los conflictos de presunciones (25).

b) Si el hijo nacía dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los 180 días siguientes a la celebración del segundo matrimonio, normalmente no había problema, pues se presumía hijo legítimo del primer marido conforme a la presunción de paternidad establecida en el derogado artículo 108; el hijo no puede ser del segundo marido. Pero si el hijo nacía dentro de las circunstancias, del derogado artículo 110, también podía presumirse hijo legítimo del segundo marido.

La resolución de este conflicto, según la doctrina española,

---

(25) Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de Familia, II, 2ª edición 1975, PP. 29-30.

(Castro Pérez y Rivero) opinaba que debía ser por decisión judicial de los tribunales (26). Pero algunos autores (Royo Martínez, Castán, Puig Brutau, Pere Raluy, etc.); opinaban que debía prevalecer la presunción del derogado artículo 108 (27), es decir, el hijo debía atribuir al primer marido.

Nuestra opinión es que es mejor considerar al nacido hijo del segundo marido, en el caso de que éste conociera el embarazo de la mujer antes de casarse o reconociera al hijo como suyo expresa y tácitamente (circunstancias recogidas en el derogado artículo 110), porque existía la posibilidad de que el hijo fuera del segundo marido más que del primero. Antes de casarse el hombre y la mujer tienen que conocerse y como razona Espín Cánovas (28) "es presumible que aun antes del nuevo matrimonio el segundo marido controlase la vida de la mujer, al menos durante cierto tiempo"; y también si el segundo marido conoce el embarazo de su mujer antes de casarse o reconoce al hijo como suyo es porque cree que es hijo suyo por tener relación sexual con la mujer antes de casarse.

c) Si el hijo nacía después de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y dentro o después de los 180 días siguientes al segundo matrimonio, normalmente no existía conflicto, pues el hijo se presumía del segundo marido, especialmente si nacía el hijo mucho después de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio; podía entenderse que no había posibilidad de que el hijo fuera del primer marido.

Pero conforme al derogado artículo 111 (29) y a la teoría

---

(26) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, P. 30, "obra citada".

(27) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, P. 30, "obra citada".

(28) Espín Cánovas, Diego, 1981, P. 295, "obra citada".

(29) Cc. español derogado artículo 111:

El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos 300 días desde la



de la interpretación de legitimidad del hijo mientras el marido y sus herederos todavía no lo desconocieran, podía existir el conflicto de las presunciones de paternidad. Pero según la teoría de la interpretación de ilegitimidad originaria, el hijo nacido después de los 300 días no era legítimo, por eso, no existía conflicto, se consideraba hijo legítimo del segundo marido (30). Un autor -Rivero- que se adhería a la interpretación del derogado artículo 111 como supuesto de ilegitimidad, con posibilidad de reclamación de legitimidad entendía que "el conflicto sólo era planteable como de paternidades y respecto de los hijos nacidos poco después de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio". Por eso, Lacruz Berdejo opinaba que "para este caso, había que optar por la legitimidad del segundo marido: no porque la presunción de legitimidad del derogado artículo 108 (en su caso, 110) fuera más fuerte que la del 111, sino porque éste, pese a su defectuosa redacción, no significaba verdadera presunción de legitimidad; no había, pues, conflicto de presunciones (31).

#### 6.1.2.2. Derecho Español actual.

El derecho español actual no prohíbe, de modo expreso, a la viuda contraer nuevo matrimonio antes de transcurridos 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio como se establecía en el derecho anterior, pero puede deducirse del artículo 116 (32), que si la viuda contrae nuevo matrimonio antes

disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

(30) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, P.30, "obra citada".

(31) Lacruz Berdejo, José Luis, Derecho de Familia, 1975, P. 30, "obra citada".

(32) Cc. español artículo 116:

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio, pueden existir conflictos entre las presunciones de paternidad en los siguientes casos:

a) Si el hijo nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y durante el segundo matrimonio, se puede atribuir al primer y al segundo marido, respectivamente.

El derecho actual tampoco establece la norma para resolver este conflicto, por eso, deben decidir los tribunales cada caso. El Código tras la última reforma admite la prueba sobre la filiación de una manera amplia, incluida la prueba biológica como ha establecido el artículo 127:

"En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

La norma reformada permite aportar todas las pruebas que se precisen si éstas son razonables, especialmente la prueba biológica que es la más segura para probar la paternidad. Por eso, si existen conflictos entre las presunciones de paternidad, los tribunales tienen que resolverlos a través de la consideración de las pruebas.

b) Si el hijo nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los 180 días siguientes a la celebración del segundo, conforme a la norma reformada, el hijo puede ser de los dos maridos y existe conflicto. Pero en este caso, si el segundo marido destruye la presunción de paternidad, mediante declaración auténtica en contrario, como lo establece el artículo 117 (33), ya no existe el conflicto de la presun-

---

(33) Cc. español art. 117:

Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada

ción de paternidad: el hijo es del primer marido. Pero, si el segundo marido no destruye la presunción, el conflicto debe ser resuelto por los tribunales.

c) Si el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y dentro del segundo matrimonio, no hay conflicto, el hijo es del segundo marido porque la norma reformada no establece, como lo establecía el derogado artículo 111, en que todavía se presumía legítimo al nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución.

Pero en este caso, si el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio y el segundo marido destruye la presunción conforme al artículo 117, el hijo será del primer marido, sólo, en el caso de que la madre pueda aportar la prueba de la mayor duración del embarazo. Si el hijo ha nacido mucho después de los trescientos días, la madre no puede aportar ninguna prueba, y por eso, el hijo no es de ninguno de los dos maridos.

## 6.2. EL CONFLICTO DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD EN EL CASO DE LA BIGAMIA

Hemos examinado el conflicto de las presunciones de paternidad en el supuesto de contraer nuevo matrimonio la viuda en el tiempo legalmente prohibido, después de la disolución del primer matrimonio. Ahora vamos a ver el conflicto de las presunciones

---

dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

de paternidad en el supuesto de la bigamia.

#### 6.2.1. Parte general

##### a) Introducción general.

El que la bigamia sea considerada como matrimonio legal o no legal depende de la tradición o las leyes de cada sociedad. Conforme a la tradición de algunos países, no sólo se considera que la bigamia no es un delito, sino que la bigamia y aún la poligamia es una conducta considerada normal en la sociedad. La mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos admiten que el monogámico es el único tipo de matrimonio admisible.

Algunas sociedades, como hemos dicho, no consideran que el matrimonio deba ser monógamo; por lo tanto, dichas sociedades presentan un sistema matrimonial en el que el hombre puede tener más de una mujer o la mujer puede tener más de un marido, e incluso se admiten las dos modalidades, siendo este último caso realmente raro y complicado.

La sociedad que acepta la monogamia tiene que fijar la paternidad del hijo, de forma que únicamente tenga un padre, no teniendo en cuenta si ha sido engendrado por otro hombre. Y partiendo de la obligación que tiene el padre de mantener al hijo, el derecho ha establecido las presunciones por las que algunas veces se pasa por alto la auténtica identidad de la persona que ha engendrado al hijo. Pues el ordenamiento jurídico necesita presumir previamente quién es el padre del hijo, aunque la realidad sea otra, para que el presunto padre tenga la obligación de mantener al hijo y éste no quede desatendido.

##### b) Sistema matrimonial.

Las sociedades en el mundo se agrupan en dos grandes sistemas matrimoniales: monogamia y poligamia. Algunos humanistas creen que, a través de algunos documentos, puede presumirse que antiguamente existía el matrimonio del grupo familiar (Group families) en el cual los hombres y las mujeres convivían juntos en una misma familia sin establecerse claramente una relación fija entre

los componentes. Se cree que este sistema matrimonial pueda todavía existir en la actualidad (34).

En general las sociedades no aceptan la bigamia como matrimonio legal, pero existen algunas en las que se acepta (algunos países islámicos y muchos Estados africanos y asiáticos), aunque actualmente exista una protesta por parte de los sistemas jurídicos monogámicos.

El sistema matrimonial de poligamia agrupa dos tipos:

1) "Poligamia", que permite que el hombre tenga varias esposas.

2) "Poliandria" que permite a la mujer tener varios maridos.

El último tipo está actualmente en desuso, salvo muy contadas excepciones.

Del análisis de George P. Murdock, se deduce que sólo dos culturas lo admitían y el motivo en ambos casos fue la escasez de mujeres en esas culturas como consecuencia de la costumbre de matar las niñas al nacer (35). Esta costumbre no existe, lógicamente en ninguna sociedad actual, por lo que el motivo principal de la poliandria ha desaparecido.

c) El motivo de la existencia del sistema matrimonial de la poligamia.

Si se alienta la poligamia, suele producirse un efecto conflictivo sobre el equilibrio entre ambos sexos especialmente en las épocas en que la esperanza media de vida del hombre se iguala a la de la mujer.

Sin embargo, en épocas pasadas, la poligamia era necesaria y razonable por una serie de circunstancias.

---

(34) "Marriage Forms", Encyclopaedia Britannica, 1979, Macropædia, Vol. 7, P. 155.

(35) Sasivani, Santad, Master por la Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok (Thailandia), Tesis, "La nulidad del matrimonio", 1980, P. 146.

Algunos motivos importantes de la existencia del sistema matrimonial de poligamia eran (36):

1) El desequilibrio entre el número de hombres y mujeres a causa de las frecuentes muertes de hombres en circunstancias y situaciones especiales: por profesiones de alto riesgo, por guerras, etc... En dichas situaciones, generalmente, se admitía el matrimonio entre un hombre y varias mujeres.

2) Por influencia de creencias religiosas y costumbres. Las costumbres antiguas y las normas religiosas alentaba tener muchos hijos, porque la sociedad en esa época necesitaba gran cantidad de hombres para trabajar, cultivar y proteger la sociedad (por lo que se prefería que nacieran hijos varones). En el hinduismo, existe un aforismo fomentando el tener muchos hijos varones que reza así: "si alguien no tiene un hijo varón, estará en el infierno después de la muerte"; por lo tanto, en una sociedad con estas creencias, el hombre que no tuviese un hijo varón tomaba nueva esposa y quien tuviera muchos hijos, se consideraba que tendría muchas virtudes. Además, el hinduismo acepta que la mujer puede tener más de un marido (37).

Así la sociedad de los "Sherpa" (que habita en la zona india de la cadena montañosa del Himalaya) cree que el matrimonio contraído por varios hermanos con una misma mujer es un buen modo de proteger sus bienes y mantener la unidad entre ellos.

Aunque los países asiáticos -especialmente los del sureste- recojan la cultura del hinduismo, no aceptan la "poliandria" sino sólo la "poligamia".

3) Por necesidades de la administración de algunas sociedades.

En aquellas sociedades que no tienen progreso industrial y se encuentran en circunstancias especiales (como, por ejemplo; vivir en una isla o lugar de difícil acceso), el matrimonio polígamo puede paliar estos problemas. Podríamos citar varios ejem-

---

(36) Sasivani, Santad, "obra citada", PP. 148-156.

(37) Sasivani, Santad, "obra citada", P. 152.

plos:

A) En las islas Trobriand en el Pacífico sur, el jefe de la isla se casa con las mujeres de los pueblos de dicha isla, que sean a la vez hermanas o parientes de los jefes de dichos pueblos, con la finalidad de que exista un parentesco entre el jefe de los diversos pueblos y la familia del jefe de las islas (38).

B) Algunas sociedades presentan sistemas matrimoniales muy peculiares, como, por ejemplo: la sociedad de raza "Lele" del Africa central. Entre los "Lele" existe una costumbre por la que un diez por ciento de las mujeres de la sociedad serán "mujeres del pueblo". Determinados hombres del pueblo tendrán derecho a comer y dormir con ellas en sus casas y los demás hombres, aún careciendo de estos derechos, podrán tener relaciones sexuales con ellas en el campo, fuera de la casa (39).

C) En la sociedad esquimal, en el norte de Alaska, los hombres que trabajan juntos se cambian sus mujeres provisionalmente para que exista entre ellos una relación constante y para ayudarse mutuamente entre sus familias y sus hijos (40).

#### 4) Por motivos económicos.

Se trata de un motivo muy importante. Se acepta normalmente la monogamia como estado matrimonial más extendido, sobre todo en las sociedades actuales; pero podemos observar que antiguamente, los países de prácticas poligámicas más desarrolladas eran países asiáticos y africanos, en los cuales los hombres ricos podían casarse con varias mujeres fácilmente.

Sin embargo, en los países europeos, sobre todo los del norte, por motivos climáticos y económicos no se aceptan la poligamia, porque las sociedades desarrolladas tienen creadas una serie

---

(38) Sasivani, Santad, "obra citada", P. 154.

(39) Ibidem.

(40) Ibidem.

de necesidades mucho más grande que los países poco desarrollados.

Para apreciar mejor esta influencia de lo económico sobre los sistemas matrimoniales, tomemos el ejemplo de la sociedad esquimal, en el norte de Alaska, cuyo sistema matrimonial es polígamo por motivos claramente económicos. Así, cuando un hombre se va a cazar siendo ésta su profesión principal, necesita dejar a su mujer e hijos a otro hombre para que los cuide y proteja. Por este motivo, la relación entre las familias es profunda, intercambiándose sus esposas. Dicha conducta es considerada por el mundo occidental como incorrecta e inmoral (41); sin embargo, los esquimales la consideran aceptable, por motivos económicos y de convivencia.

d) Problemas planteados sobre hijos nacidos de un matrimonio polígamo.

Es una cuestión importante, que vamos a analizar. El motivo principal de la prohibición de la bigamia o poligamia es evitar el problema muy conflictivo, de quién es el padre del hijo y proteger a éste de la negativa del padre a responsabilizarse de él.

En la poligamia, si un hombre tiene más de una mujer, no existe problema de quién es el padre, porque todos los hijos nacidos de cualquier mujer serán de este hombre. En el caso de que la mujer tenga más de un marido, puede existir este problema fácilmente, pero estas sociedades no se plantean ningún problema sobre la paternidad del hijo. Así en la sociedad esquimal, cuando una mujer tiene más de un marido al mismo tiempo, aunque convivan todos juntos o separados, cuando nazca el hijo, lo será de todos los maridos de esa mujer y éstos tendrán la obligación de mantener lo sin fijarse o tener en cuenta de quién es, especialmente en el caso de que se hayan cambiado sus esposas en el período legal de la concepción y haya nacido el hijo sin saber quién lo ha en-

---

(41) Ernest S. Burch, J.R., "Marriage and Divorce Among the North-Alaskan Eskimos", Divorce and After, Edited by Paul Bohannan, Anchor Books, Doubleday y Company, Inc, 1971, PP. 174-184.



gendrado. En esta sociedad no existen problemas al respecto, ya que si se considera que esa mujer es la esposa de cierta persona, dicha persona será el padre del hijo nacido aunque realmente éste haya sido engendrado por otro hombre diferente (42).

En ciertas ocasiones, si viene un hombre de otro pueblo para quedarse provisionalmente en una familia, el marido permitirá a este hombre tener relación sexual con su mujer y el hijo nacido, aunque sea de este hombre, el marido lo aceptará como suyo sin tener en cuenta la posibilidad de que haya nacido de la relación entre su mujer y otro hombre. Esta costumbre es aceptada por la sociedad como si fuera una norma establecida; se trata, pues, de auténtica ley no escrita (43).

Se puede observar que los esquimales no tienen celos sexuales y no tienen problemas sobre la manutención, no sólo de los niños que hayan nacido de ellos, sino también los nacidos de otro hombre. Los esquimales aceptan responsabilizarse de todos los hijos de su mujer, por eso, no existe el hijo extramatrimonial en esta sociedad, todos los hijos son iguales.

Pero en la sociedad moderna, al mismo tiempo que el desarrollo ha aumentado también el egoísmo. Los hombres mantienen únicamente a sus propios hijos, por lo cual se hace necesario fijar exactamente quién es el padre del hijo.

Según nuestra opinión, no es cierto que la ley actual sea mejor que la costumbre unánimemente respetada y practicada en la sociedad subdesarrollada, porque la última puede dar la felicidad e igualdad a todos los niños en mayor grado que en la sociedad moderna.

Otro ejemplo claro en el que no existe el problema sobre el hijo cuando nazca de un matrimonio bígamo o polígamo, se encuentra en la sociedad de Kanuri, en el noreste de Nigeria.

---

(42) Ernest S. Burch, J.R., "Marriage and Divorce Among the North-Alaskan Eskimos", "obra citada", PP. 174-184.

(43) Ibidem.

Los hombres pueden tener muchas mujeres y se pueden divorciar fácilmente, pero no existe ningún problema con los hijos porque después de nacer la mujer no tiene derecho sobre ellos, por lo que todos los hijos son del marido; así después de su divorcio, la mujer puede tener relación sexual con cualquier hombre libremente y cuando de estas relaciones nace un hijo, no es difícil encontrar marido porque en esta sociedad todos los hombres desean hijos para incrementar su familia (44).

e) La necesidad de potencial humano es el motivo más importante para aceptar los hijos.

La sociedad que acepta la bigamia o poligamia es siempre la que más necesita de potencial humano. Se considera que si una familia tiene muchos miembros, esta familia puede utilizar mucha fuerza para crear cualquier cosa y creará riqueza. Todos los hijos que hayan nacido en la familia serán aceptados voluntariamente aunque hayan nacido por obra de otro hombre, pues estas sociedades consideran que el hijo nacido es beneficioso para el grupo. En algunas sociedades cuando la mujer está embarazada, los hombres se disputan la paternidad del hijo y quieren llevarla a sus casas con el propósito de que el hijo nazca en el seno de su familia, como es el caso, por ejemplo, de Kanuri (45).

La necesidad de potencial humano es el motivo principal para que los hombres no nieguen su paternidad, todos los hombres mantendrán al hijo. Esta concepción es distinta en la sociedad moderna, en la que se considera que existe la carga de mantener al hijo nacido. Por eso, en estas sociedades, la relación sexual se separa del deseo de tener hijos; es decir, se controla el nacimiento de los hijos. La sociedad moderna no tiene necesidad de potencial humano, por lo que se desprecia al niño ajeno mantenién-

---

(44) Ronald Cohen, *Brittle Marriage as a Stable System: "The Kanuri Case"*, *Divorce and After*, Edited by Paul Bohannon, Anchor Books, Doubleday - Company, Inc, 1971, PP. 212, 218-220, 227-232.

(45) Ronald Cohen, "obra citada", PP. 227-228.

dose sólo a los propios. En estos grupos sociales se prohíbe la bigamia o poligamia porque puede presentarse un problema sobre la paternidad del hijo.

Por eso, el estado económico de cada sociedad es un factor de gran importancia, muy relacionado con el valor que en ellas se concede al niño nacido.

f) Motivos por los que la Ley establece la prohibición de la bigamia.

La más importante razón para que el derecho deba regular la prohibición de la bigamia es el mantenimiento del orden público y moral en la sociedad.

Debido a la evolución de las leyes y normas sociales, en la actualidad la sociedad moderna quiere dar seguridad, protección y estabilidad a los miembros de la familia. Por este motivo, ha dictado una serie de normas para proteger a los más débiles y pobres, buscando con ello que exista una igualdad entre todos los miembros de la sociedad.

Así se puede apreciar que los motivos por los que en el pasado se aceptaba la bigamia han desaparecido o cambiado, (económicos, sociales, religiosos, etc...).

La disposición del derecho que prohíbe la bigamia es una medida jurídica importante para proteger y conservar la felicidad de la familia, con los propósitos siguientes:

1) Proteger la relación sexual de la pareja de intervenciones de terceros o atropellos.

El ser humano, por instinto, tiene mucha tendencia a competir sexualmente; así, la persona sin sentimientos morales puede utilizar la fuerza o la riqueza para acceder a relaciones sexuales.

Por eso, el derecho protege a las personas con una serie de normas.

2) Para crear un orden matrimonial, adecuado a la sociedad actual.

De acuerdo con el estado actual, la monogamia es considerada como la situación mejor en el matrimonio, debido a que las causas por las que la sociedad admitía la poligamia han disminuído o desaparecido (así la desigualdad de número entre hombres y mujeres por motivos de mayor mortalidad de éstos, por guerras y actividades profesionales).

Pero actualmente las causas mayores han desaparecido y se considera el sistema matrimonial de monogamia como más conveniente a esta sociedad, por lo cual la mayoría de los sistemas jurídicos exigen el matrimonio monógamo a sus sociedades.

Así tenemos algunos países islámicos que por influencia de la religión establecen, que sólo se puede tener legalmente una mujer. En Túnez (46), la ley "The Tunisian Code of Personal Status, 1956" artículo 18, prohíbe tener más de un cónyuge, y en la India también existe una ley "The Hindu Marriage Act, 1955", que prohíbe tener más de un cónyuge, conforme al artículo 5 (1) (47).

En algunos otros Estados en que no existen disposiciones sobre la bigamia, se intenta establecer de hecho la monogamia de otra forma. En Indonesia, por ejemplo: se promulgó una norma del Ministerio de Defensa que decía: "los soldados indonesios que tienen más de una mujer, serán destituidos" (48). Se puede considerar como una manera en que la sociedad busca el método para que el matrimonio monogámico sea aceptado indirectamente por la ley.

Finalmente, en otros países, es considerado el matrimonio polígamo, abiertamente como un delito penal y se puede imponer

---

(46) Lennart, Palsson, "Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws", Leiden: A.W. Sijthoff Co., 1974, P. 150.

(47) "Marriage Forms", Encyclopaedia Britannica, 1979, Macropædia, Vol. 7, P. 155.

(48) Reportaje "Column Nine", en el periódico "Bangkok Post", el sábado día 16 de febrero de 1980, P. 1.

incluso la pena de cárcel.

3) Para evitar la omisión de la obligación del cónyuge con respecto a su familia.

Se acepta por ley que los cónyuges deben de mantener y educar a sus hijos, y responsabilizarse de ellos. Si no se prohibiera la bigamia, se podría dar el caso de que uno de ellos omitiera su obligación por casarse con otra persona, dejando la responsabilidad frente a los hijos al otro cónyuge. Por eso, el derecho sólo permite casarse con otra persona en el caso de que haya sido disuelto el matrimonio anterior.

4) Para regular la paternidad verdadera del hijo.

En el caso de que la bigamia haya sido realizada por el marido, no existe problema de quién es el padre del hijo. Sólo puede existir el problema de que este hijo haya sido abandonado por su padre. Pero si la bigamia ha sido realizada por la mujer, existe el problema importante de que no se sabe de quién es este hijo. En este caso, la mayoría de los hombres no están seguros de que el hijo sea suyo no aceptan la responsabilidad de mantener y educar al niño, creándose verdaderos problemas por este motivo.

g) Situación en la que se considera que existe bigamia.

Antes de considerar cuándo existe realmente bigamia, vamos a analizar cuándo se considera que un matrimonio es válido.

Teniendo en cuenta que en cada país hay normas diferentes con respecto a la consideración del matrimonio válido, no se puede aceptar una norma común y general para todos.

¿Qué requisitos se necesitarían para que la convivencia de una pareja sea considerado matrimonio?.

Así, tenemos que si esa convivencia de la pareja no es considerada como matrimonio se llama "concubinato" o "unión libre", aunque pueda tener carácter constante, incluso igual o mayor estabilidad que otro matrimonio considerado legal, no pudiéndose aceptar esta convivencia como matrimonio en otro sistema del dere-

cho (49).

Para considerarse válido un matrimonio se necesitarán una serie de requisitos, que pueden variar de un país a otro; así, por ejemplo, el derecho tailandés (50) exige la inscripción del matrimonio, pero en otros países, se considera como matrimonio la convivencia pública.

Por lo tanto, puede darse el caso de que una pareja conviva como esposos, tengan muchos hijos y una relación constante, pero no cumplan los requisitos de forma establecidos por la ley, no existiendo matrimonio legal. Si uno de ellos se casa legalmente con otra persona, no existirá bigamia considerándose legal el nuevo matrimonio. Si persistiera la convivencia anterior, sería ilegal y podría ser considerado como adúltero.

El matrimonio que se haya contraído legalmente conforme a los requisitos exigidos por la ley será matrimonio legal, y si uno de los cónyuges se casa nuevamente, el matrimonio posterior es considerado bigamo. El primer matrimonio es considerado matrimonio legal, y el primer cónyuge y las personas interesadas tendrán derecho a pedir que se declare la nulidad del matrimonio posterior (51).

---

(49) Palsson Lennart, "Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Law", Leiden: A.W. Sijthoff Co., 1974, P. 144.

(50) Cc. tailandés, art. 1457:

"El matrimonio, con respecto a este Código, sólo existirá en el caso de que haya inscripción".

(51) Cc. español, art. 74:

"La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella,...".

Cc. tailandés, art. 1497:

"Para pedir la nulidad del matrimonio las personas interesadas podrán pedir al Ministerio Fiscal que ejercite esta acción".

En el matrimonio para cuya validez el derecho exija la inscripción, aunque los cónyuges no convivan juntos o no tengan relación sexual, el derecho considera que hay matrimonio; nadie puede pedir al juez que declare la nulidad o anulación de este matrimonio. Esta norma, que se utiliza en el derecho tailandés, es distinta en otros sistemas jurídicos, como el del derecho canónico o el inglés, considerando este último que el matrimonio será válido cuando existan relaciones sexuales entre los cónyuges; si uno de ellos no puede tener relación sexual por motivos físicos o por negarse a ello, el otro cónyuge podrá pedir al juez que se declare la nulidad del matrimonio, porque se considera que es matrimonio no consumado ("non consummated marriage") (52). Esta causa, en el derecho tailandés sólo es una causa de divorcio.

En el derecho tailandés, no se acepta la bigamia; pero en la práctica y debido a la falta de mecanismo de control sobre las celebraciones de los matrimonios, se dan casos de bigamia e incluso de poligamia. Por todo esto, se concede mucha importancia al primer matrimonio.

Sin embargo, otros sistemas jurídicos más estrictos (como el inglés) no admiten aquel matrimonio que se haya celebrado en un país donde se acepte la bigamia, incluso aunque sea el único matrimonio y, por lo tanto, sea monógamo y no polígamo. Así, si dichos cónyuges entran en Gran Bretaña y se quieren divorciar ante un tribunal británico, conforme a su derecho, no se les permite, por considerarse que dicho matrimonio no existe.

Por el contrario, si una pareja contrae matrimonio en un país donde se prohíbe la bigamia, marchando después a otro país en el que se acepta la bigamia y en el cual el marido se casa nuevamente, según el derecho inglés, el matrimonio de esta pareja continúa siendo monógamo por no aceptarse el derecho del país en el que la pareja ha fijado su nuevo domicilio, sino el derecho

---

(52) Grant, H. Brian, "Family Law", 3<sup>rd</sup> edition, London: Sweet and Maxwell Ltd., 1977, P. 58.

del país, donde se celebró el primer matrimonio ("lex loci celebrationis").

También se puede plantear el caso de un matrimonio celebrado en algún país islámico, en el que se acepta la bigamia, ante el Cónsul inglés. Dicho matrimonio será considerado monógamo (53).

Finalmente, algunos profesionales del derecho opinan que para considerar si un matrimonio es polígamo o no, hay que acudir a la realidad, viendo si esa persona tiene efectivamente más de un cónyuge; es decir, se tiene en cuenta el matrimonio polígamo verdadero (Actual Polygamy), en lugar de considerarse el sistema del derecho aplicable de manera estricta (54).

## 6.2.2. Derecho comparado

### 6.2.2.1. Prohibición de la bigamia

Los derechos de todos los Estados occidentales y de la mayoría de los otros países prohíben la bigamia. En algunos, no sólo se establece que el matrimonio posterior es nulo, sino también que existe delito, como lo establece el derecho de algunos países.

- El derecho de los Estados Unidos, es complicado en materia de bigamia, porque la ley de cada estado es distinta, pero la mayoría prohíbe la bigamia. Algunos estados prohíben expresamente la bigamia, como California, Carolina del Norte, Georgia, Hawaii, Kansas, Maryland, Massachusetts, New Jersey, New York, Pensilvania, Washington, etc... (55). Otros estados no la prohíben expresamente, pero el juez Equity puede sentenciar que el matrimonio es nulo, como en Arizona, Connecticut, Florida, Illinois, New Hampshire, Rhode Island, etc... (56).

---

(53) Palsson, Lennart, "obra citada", PP. 151-153.

(54) Palsson, Lennart, "obra citada", P. 155.

(55) Callahan, Parnell J.T., "The Law of Separation and Divorce", New York: Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1967, PP. 34-40.

(56) Ibidem.



- El derecho inglés repele fuertemente la bigamia por considerar que el matrimonio tiene que ser monogámico y no se aceptó el matrimonio polígamo de extranjeros hasta el año 1968, en que Lord Parker, C.J. afirmó que el matrimonio polígamo contraído conforme al derecho de otro país, actualmente "se acepta en Inglaterra, excepto en el caso de que exista una razón conflictiva grande" (57). Pero dicha aceptación no significa que se acepte el matrimonio polígamo conforme al derecho inglés, sino sólo que se acepta que ese matrimonio es uno de los tipos de matrimonio existente en el derecho de otro país. Por eso, en el derecho inglés existen unas normas limitativas sobre la aceptación del matrimonio polígamo:

1) Se acepta la validez del matrimonio posterior contraído mientras subsiste el primer matrimonio sólo cuando esos dos matrimonios o todos los matrimonios hayan sido contraídos conforme a un derecho que permita la bigamia (58).

2) Si el matrimonio es polígamo, tal matrimonio será considerado nulo si el derecho local del domicilio matrimonial permite sólo la monogamia (59).

- El derecho francés establece que el matrimonio polígamo es nulo y se necesita la declaración judicial demostrando la nulidad (60). Ninguna persona puede hacer referencia a la nulidad del matrimonio, sin la declaración judicial (61).

La bigamia se prohíbe absolutamente, y si una pareja quiere hacer constar la inscripción del matrimonio, el funcionario oficial tiene que rechazarla, y además podrá ejercitar una acción

---

(57) Bromley, P.M., "Family Law", 5 th edition, London: Butterworths, 1976, P. 54.

(58) Bromley, P.M., "obra citada", P. 55

(59) Ibidem.

(60) "Amos and Walton's Introduction to French Law", 2 nd edition, (Oxford: Clarendon Press), 1963, P. 64.

(61) Amos and Walton, "obra citada", P. 65.

contra ellos; pero si la inscripción ha sido hecha, el matrimonio será válido (62).

En los Derechos coreano, chino y japonés también se prohíbe la bigamia (63); especialmente en el derecho chino, la bigamia es una causa de divorcio (64). En el Derecho filipino se establece que el matrimonio bígamo es nulo desde el principio (65).

En la mayoría de los Códigos de los diversos países se prohíbe la bigamia y se establece además la anulación del matrimonio bígamo (66), pero debido a que dicha anulación no produce efec-

---

(62) Amos and Walton, "obra citada", P. 63.

(63) Cc. coreano art. 810:

La persona que tenga ya cónyuge no puede efectuar otro matrimonio.

Cc. chino (Taiwan) art. 985:

La persona que tenga ya cónyuge no puede contraer nuevo matrimonio.

Cc. japonés art. 732.

(64) Cc chino art. 1052:

Uno de los cónyuges puede solicitar al juez el divorcio si se da alguna de las siguientes condiciones:

1. Cuando otro cónyuge haya cometido bigamia.  
etc.

(65) Cc. filipino art. 80:

Son nulos desde el principio los matrimonios siguientes:

(4) Los matrimonios bígamos o polígamos que no estén incluidos en el artículo 83,2º.

(66) Cc. coreano art. 816:

La decisión judicial para la anulación del matrimonio puede ser utilizada en cualquiera de los siguientes casos específicos:

1. Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo los preceptos de los artículos 808-811:  
etc.

Cc. chino art. 992:

tos retroactivos (67), el hijo nacido de este matrimonio será considerado hijo legítimo del segundo marido y también del primero. Conforme al derecho filipino, el matrimonio bígamo es nulo desde el principio y el hijo nacido tendrá el mismo estado que el hijo natural reconocido de acuerdo con el artículo 89 (68), por lo tanto, el hijo será considerado también de los dos maridos.

En el derecho de los diversos países se prohíbe la bigamia, pero en la realidad, no es difícil que exista el matrimonio bígamo. La mayoría de los países no establecen ninguna norma para resolver el conflicto de las presunciones de paternidad, pero en el derecho thailandés existe una regulación concreta resolviendo este problema que vamos a analizar más adelante.

---

Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo el precepto del artículo 985, la parte interesada puede pedir al juez que se declare la anulación; pero dicha anulación no puede ser realizada después de la disolución del matrimonio anterior.

Cc. japonés art. 743:

El matrimonio no puede ser anulado excepto en los casos de los artículos 744-747.

Cc. japonés art. 744 (2):

En el caso del matrimonio contraído contraviniendo las provisiones de los artículos 732 ó 733, tanto uno de los cónyuges como el cónyuge anterior pueden pedir la anulación.

(67) Cc. coreano art. 824:

La anulación del matrimonio no tendrá efectos retroactivos.

Cc. chino art. 998:

El efecto de la anulación del matrimonio no es retroactivo.

Cc. japonés art. 748:

La anulación del matrimonio no tendrá efectos retroactivos.

(68) Cc. filipino art. 89:

El hijo concebido o nacido del matrimonio nulo desde el principio, tendrá mismo estado, derechos y obligaciones que el hijo natural reconocido, y es llamado hijo natural por ficción legal.

#### 6.2.2.2. Bigamia en el caso de ausencia de un cónyuge

En los derechos de los países occidentales existe una presunción de legitimidad del hijo nacido del matrimonio putativo, cuando ambos o uno de los cónyuges ignoran que ese matrimonio es inválido (69); es decir, cuando contraen matrimonio de buena fe (por ejemplo, en el caso de ausencia de uno de los cónyuges de manera de que pueda creerse que ha fallecido, el otro cónyuge piensa de buena fe que su cónyuge ha muerto y contrae nuevo matrimonio; pero su cónyuge anterior regresa posteriormente y la consecuencia de su regreso es que el nuevo matrimonio será nulo, a pesar de lo cual en este caso no existe problema sobre la identidad del padre).

La norma mencionada existe en el derecho inglés, referida al matrimonio de buena fe, que no puede considerarse constitutivo de delito (70) si el cónyuge anterior está ausente durante siete años con anterioridad al momento de contraer nuevo matrimonio, y se ignora que está vivo en ese momento (71), o si el matrimonio ha sido contraído creyendo los contrayentes de buena fe en la autenticidad de los documentos o las evidencias razonables de que el cónyuge anterior ya está muerto (cuando realmente está vivo todavía ) (72). El nuevo matrimonio, en ambos casos, es contraído con la creencia de que el anterior ha sido disuelto o anulado, y en ambos casos existe razón suficiente para creerlo (73).

Se puede observar que normalmente el segundo matrimonio (constitutivo de bigamia) no será considerado como tal delito, conforme al artículo 57 del "Offences Against the Person Act, 1861",

---

(69) Bromley, P.M., "Family Law", 2nd edition, London, Butterworths, 1962, P. 288.

(70) "Offences against the Person Act", 1861, S. 57.

(71) Grant, H. Brian, "Family Law", 3 rd edition, London: Sweet and Maxwell, 1977, P.11.

(72) Grant, H. Brian, "obra citada", P. 10.

(73) Grant, H. Brian, "obra citada", PP. 10-11.

excepto en el caso de que haya existido fraude para conseguir que se celebre el segundo matrimonio (74).

En el caso del matrimonio bígamo contraído después de 7 años a partir de la desaparición del cónyuge ausente, si éste se presenta o regresa, y aunque el nuevo contrayente no pueda considerarse que cometió delito, el cónyuge anteriormente ausente tendrá los derechos correspondientes a su situación de verdadero y único cónyuge y el nuevo matrimonio dejará de ser legal inmediatamente. Pero si el otro cónyuge pide al juez que se declare que el cónyuge ausente está muerto - aportando razones suficientes y creíbles - el juez puede, mediante una sentencia firme, presumir que el cónyuge ausente está muerto y el matrimonio anterior queda, por tanto, disuelto. Así, aunque el ausente se presente o regrese, el nuevo matrimonio tendrá efectos válidos y no le afectará el regreso de aquél, conforme a la disposición del "Matrimonial Causes Act, 1950" (75). Esta norma es semejante a la establecida para el caso de que un cónyuge ejercite la acción de divorcio cuando el otro ha sido declarado ausente por el juez conforme al artículo 1516 (5) del Código tailandés (76); aunque en el derecho inglés no se trata de un divorcio, sino de una declaración judicial considerando que el matrimonio se ha disuelto.

El Código filipino establece sobre el caso del matrimonio bígamo contraído durante la ausencia de un cónyuge en su artículo 83:

"Cualquier matrimonio posterior contraído por una persona, mientras su primer cónyuge está vivo, con otra persona, será ilegal y nulo desde su ejecución, excepto:

---

(74) Grant, H. Brian, "obra citada", P. 10.

(75) Sheed, F.J., Nullity of Marriage, New Edition-Revised, and Enlarge, London: Sheed and Ward, Inc., 1959, P. 48.

(76) Cc. tailandés art. 1516:

Son causas de divorcio:

(5) Si el marido o la mujer ha sido declarado ausente por el juez, otro cónyuge puede ejercitar la acción del divorcio.

(2) El primer cónyuge está ausente por siete años consecutivos en el momento del segundo matrimonio sin que tenga noticia el cónyuge presente de que el ausente esté vivo, si éste, aunque esté ausente por menos de siete años, es generalmente considerado muerto y el presente lo creía así en el momento de contraer dicho subsiguiente matrimonio, o si el ausente es presumido muerto de acuerdo con los artículos 390 y 391. El matrimonio contraído será válido en alguno de los tres casos hasta que lo declare nulo e inválido el juez competente".

En el caso de que un cónyuge contraiga nuevo matrimonio y posteriormente el ausente aparezca, existirá un problema de bigamia, especialmente si el nuevo matrimonio es legal, podrán presentarse muchos problemas complicados a las personas interesadas.

Pero en el derecho de la religión cristiana, aunque un cónyuge esté ausente durante mucho tiempo, no puede presumirse que está muerto. Es necesaria alguna evidencia demostrando la muerte verdadera o algún testimonio. Si ese cónyuge regresa, sólo el matrimonio anterior tendrá efecto y el nuevo matrimonio no sólo será inválido, sino que se considerará que existe un pecado de adulterio (77).

El supuesto de la bigamia en caso de ausencia de un cónyuge es distinto del de la bigamia normal y no existe ningún problema en lo referente al hijo, pues resulta evidente quién es el padre del hijo cuando el primer marido está ausente y no tiene ninguna oportunidad para tener acceso con su mujer. El hijo, pues, siempre será del segundo marido, a pesar de lo cual el derecho no establece una presunción de paternidad atribuible a éste.

El derecho filipino considera hijo legítimo al concebido del matrimonio anulable antes de la declaración de anulación (78).

---

(77) Sheed, F.J. "Obra citada", PP. 48-49.

(78) Cc. filipino art. 89 ap.2:

El hijo concebido del matrimonio anulable antes de la declaración de anulación será considerado legítimo; y el hijo concebido después tendrá el estado, derechos y obligaciones

Por lo tanto, el hijo concebido del matrimonio bígamo durante la ausencia de un cónyuge conforme al artículo 83 (2) antes de la anulación será considerado hijo legítimo del segundo marido.

Si el cónyuge ausente no se presenta, no existirá problema, ni sobre el hijo ni sobre la validez del nuevo matrimonio; pero si se presenta tampoco existirá problema con el hijo, pues aunque no se le presuma hijo del segundo marido es evidente lo es de él y también por la presunción de paternidad general. Su presencia, pues, afectará sólo a la validez del nuevo matrimonio; así en el derecho inglés, si el ausente regresa será considerado como cónyuge verdadero y el nuevo matrimonio no tendrá efecto desde ese mismo momento.

Pero en este supuesto puede existir un problema en relación con el hijo: si la mujer sigue viviendo con el nuevo marido y nace el hijo después del regreso del ausente ¿el hijo es del primer o segundo marido?.

Este supuesto puede considerarse semejante al del adulterio porque el nuevo matrimonio ya no tiene efecto; por lo tanto, si el nacimiento se produce en ese tiempo, el hijo será del primer marido -conforme a la presunción de paternidad- aunque exista un conflicto con la realidad. El primer marido podrá, por supuesto, impugnar la legitimidad del hijo. No existirá ningún conflicto con la presunción de paternidad.

#### 6.2.2.3. Bigamia en el derecho tailandés

##### 6.2.2.3.1. Tratamiento histórico de la bigamia en el derecho tailandés.

Antiguamente, en Tailandia, el sistema matrimonial aceptado con generalidad era la monogamia, ya que había igualdad de población masculina y femenina, y no existían problemas económicos graves. Pero en alguna familia, el marido tenía muchas mujeres

---

correspondientes al hijo natural reconocido, y también será denominado hijo natural por ficción legal.

(79) (así, en el derecho de familia de la época Ayutthaya (80) se afirmaba que era correcto el que un hombre tuviera más de una mujer y el hijo nacido de cualquier mujer era siempre considerado hijo legítimo).

El objeto principal del matrimonio era tener hijos, lo cual coincidía tanto con la ley natural como con algún derecho importante: por ejemplo, el derecho canónico (81).

Los thailandeses eran agricultores y trabajaban una tierra muy fértil, pero antiguamente no había mucha población, no existiendo el problema de la carencia de tierras, sino de mano de obra. Por lo tanto, el aumento de la población se consideraba beneficioso. Así, la familia thailandesa quería tener muchos hijos para incrementar también la mano de obra familiar. Por eso, cualquier hijo era recibido con alegría, ya que favorecía a la familia y a la sociedad.

Además en la época de Ayutthaya, el marido tenía amplio poder sobre la mujer y los hijos, pudiendo venderlos como esclavos (82); por lo tanto, todos los hijos tenían valor, ya que el padre podía obtener beneficios de sus hijos si quería venderlos como esclavos (83). Por este motivo no existía la negativa al reconoci-

---

(79) Satiercoses, "La costumbre del matrimonio", Imprenta de la Asociación de Sociología de Thailandia, Bangkok, 1964, PP. 111-112.

(80) Ayutthaya era la capital antigua de Thailandia.

(81) Codex Juris Canonici (artículo 1082).

(82) Pramoch, Seni, "Conferencia sobre el tema del derecho en la época de Ayutthaya", Realizada por la Comisión organizadora del festival para la conmemoración de Ayutthaya, 1967, P. 38.

(83) La palabra "esclavo" en el derecho thailandés tiene significado diferente al del derecho romano, en éste el esclavo se consideraba como un bien no distinto al ganado y se podía vender y comprar libremente. Pero en el derecho thailandés, se consideraba el trabajo de la persona, y es dicho trabajo el que se vendía; pero si finalizaba el trabajo, la persona no era considerada esclavo.



miento de los hijos por el padre.

Así, el derecho thailandés antiguo permitía a los hombres tener más de una mujer hasta que se promulgó el Código civil de la familia, en 1935. Este Código condiciona el matrimonio legal a no tener más de un cónyuge, pero en la realidad existen muchas oportunidades de tener más de uno y se acepta tal situación con efectos legales.

Las mujeres no podían tener más de un marido, como se apreciaba en algunas normas antiguas thailandesas, como por ejemplo, en el derecho de Lanna (84) en que se prohibía al hombre tener relaciones sexuales con diez clases de mujeres; o también en el "Manrayrachasatr" donde se prohibía tener relación con la mujer de otro hombre (85).

Así, se prohibía a las mujeres casadas tener relaciones sexuales con quienes no fueran sus maridos.

Pero se puede observar que el supuesto de bigamia llevada a cabo por una mujer casada, que hubiera huído de su marido y se hubiera casado con otro, el derecho aceptó que el segundo matrimonio era correcto, como se establecía en el artículo 20 del antiguo derecho thailandés (86). (Traducción del artículo):

"La mujer casada que hubiera tenido hijos con su marido y hubiera huído de él a cualquier lugar, y esa mujer viviera luego con otro hombre, y tenga o no hijos con éste, ambos serán castigados con la pena de multa mayor. Si esa mujer no hubiera tenido hijos con el primer marido y tenía uno o dos hijos con el otro

---

(84) "El derecho de Lanna" (Lanna fue una ciudad antigua thailandesa), libro 3, Traducido por Sommay Premchitt (Facultad de Sociología y Antropología, Universidad de Chiangmai), Chiangmai, Thailandia, 1975, PP. 8-9.

(85) "Manrayrachasatr", libro I, Traducido por Sommay Premchitt, (Facultad de Sociología y Antropología, Universidad de Chiangmai), Chiangmai Thailandia, 1975, P. 13.

(86) Sian, "El derecho sobre el marido y la mujer", Imprenta Panichsupapol, Bangkok, 1913, P. 28.

hombre, ambos serán castigados con la pena de multa primaria. Si tuviera tres o más hijos con el otro, no se les podría castigar. Si el primer marido hubiera dado a su esposa bienes propios (según costumbre en Thailandia, el marido entrega bienes o dinero en el momento de casarse), la mujer tendrá que devolver todo lo entregado al marido, siendo legítimamente considerada esposa del otro hombre".

Conforme a este artículo, lo esencial es que esa mujer fuera considerada adúltera; por eso, ellos fueron castigados con la pena de multa, cuyo importe se le entregaba al marido. Pero si tenía uno o dos hijos con el otro hombre la multa era menor; y si tenía tres o más hijos, no podían ser castigados, aceptando el derecho que la convivencia con el otro hombre era a todos los efectos un matrimonio legal, sólo se obligaba a que la mujer devolviera los bienes al primer marido.

Se puede considerar que el hijo era el elemento esencial para situar el derecho y el estado del matrimonio, aunque éste fuera ilegal. En el supuesto de que no existieran hijos del matrimonio y se hubieran tenido tres hijos con el otro hombre, si el derecho exigiera a la mujer convivir con el marido se destruiría la familia que tenía cinco miembros, sólo para favorecer al primer marido; y esta situación, pese a su legalidad, no estaba de acuerdo con la ley natural. Por lo tanto, el derecho consideraba como matrimonio válido la convivencia de la mujer con el otro hombre.

Se puede considerar también que si la mujer no tenía hijos con el hombre con el que convivía, los dos eran adúlteros, y, cuando tenían uno o dos hijos, ellos todavía eran considerados adúlteros aunque fueran castigados con menor severidad; pero si tenían tres hijos, el derecho establecía la presunción de que se había realizado una convivencia larga (tres años como mínimo). Así el derecho establecía una forma de prescripción que hacía perder su validez al primer matrimonio.

Un problema muy importante es el siguiente: si ellos tenían sólo uno o dos hijos, ¿la mujer tenía que volver a vivir con el primer marido, después de serle impuesta la multa, o no?.

En este supuesto, existe una sentencia de T.S. número 15/1900 (87) en que se dictó que "cuando el marido había demandado al otro hombre y había recibido ya la multa, no podía obligar a la mujer para que se quedase con él".

De acuerdo con esta sentencia, la mujer no tenía que volver a vivir con el primer marido y podía quedarse con el segundo marido y sus hijos.

Conforme a una antigua costumbre thailandesa, se prohibía la bigamia a la mujer porque se planteaba un caso distinto al del hombre; si la mujer tenía más de un marido, podía existir el problema de determinar quién era el padre de los hijos. Pero el artículo 20 del derecho mencionado era un caso excepcional, ya que se aceptaba la validez del segundo matrimonio si de él habían nacido tres o más hijos. No existiendo en esa época la presunción de la paternidad, se suponía que en el caso de tener uno o dos hijos, éstos debían ser considerados hijos del segundo marido aunque sus padres fueran adúlteros. No existía ningún conflicto sobre la identidad del auténtico padre del hijo; especialmente en el caso de que hubieran nacido tres hijos, el matrimonio posterior era válido y dichos hijos eran considerados del segundo marido.

El derecho thailandés actual prohíbe al hombre y a la mujer tener más de un cónyuge, como establece el artículo 1452 (88).

Este artículo se considera como norma general, ya que en la realidad, se dan casos de bigamia y poligamia con cierta habitualidad. Siendo conscientes de esta realidad, existen diversas normas que regulan la legalidad de estos casos, así como los problemas planteados sobre la determinación de la paternidad de los hijos nacidos de estas situaciones. Veremos el tratamiento y desa-

---

(87) Sian, "obra citada".

(88) Cc. thailandés, art. 1452:

"El hombre o la mujer no podrán contraer nuevo matrimonio, mientras estén ligados con vínculo matrimonial".

rrollo de estas normas en el siguiente apartado.

#### 6.2.2.3.2. Derecho tailandés

El derecho tailandés anterior y actual no establece que la bigamia sea un delito, sino sólo la prohíbe conforme lo establecido en el artículo 1452 y declara nulo el matrimonio según lo dispuesto en el artículo 1496 (89). Además se establece que sólo la declaración judicial demostrará la nulidad del matrimonio (90); no habiendo declaración judicial, nadie puede decir que el matrimonio sea nulo. Por eso, si existe la bigamia, el matrimonio posterior será válido hasta que se produzca la declaración judicial demostrando la nulidad de ese matrimonio.

En este caso, todavía subsiste el matrimonio anterior y la mujer contrae nuevo matrimonio contraviniendo la prohibición del artículo 1452. El hijo nacido en esta situación plantea el conflicto de si es del primer marido o del segundo, en función de diversas presunciones de paternidad. Sobre este conflicto hay que decir que no existen normas específicas para resolverlo, porque como hemos dicho anteriormente la mayoría de los países (especialmente los occidentales) consideran la bigamia como un delito. Por el contrario, el derecho tailandés no considera la bigamia como tal; únicamente declara nulo el nuevo matrimonio, de acuerdo con el artículo 1452. Por lo tanto, el derecho tailandés establece una norma para resolver el conflicto de las presunciones de paternidad en el caso de la bigamia, como vemos en el artículo 1538:

"En el caso de que la mujer contraiga matrimonio contraviniendo la prohibición del artículo 1452 y dé a luz dentro de los 310

---

(89) Cc. tailandés, art. 1496:

"El matrimonio que contravenga las normas de los artículos 1449, 1450, 1452 y 1458, es nulo".

(90) Cc. tailandés, art. 1495:

"Sólo con una declaración judicial se demostrará que cualquier matrimonio es nulo".

días siguientes a la celebración del matrimonio, se presumirá hijo legítimo del segundo marido y no regirá la presunción de paternidad establecida en el artículo 1536 ap.1 (91), en que se le presume hijo legítimo del primer marido, salvo que exista sentencia judicial firme declarando que no es hijo legítimo del segundo marido".

Vamos a analizar un análisis detallado de este artículo:

1) El artículo dice que en el caso de bigamia, si la mujer da a luz dentro de los 310 días siguientes a la celebración del matrimonio se presume que el hijo es legítimo del segundo marido, no pudiéndose utilizar la presunción de paternidad establecida en el primer párrafo del artículo 1536, salvo que haya declaración judicial demostrando que el hijo no es legítimo del segundo marido. Esta presunción puede evitar el problema de que el hijo tenga dos padres al mismo tiempo.

2) Teniendo en cuenta la costumbre thailandesa de que la mujer únicamente puede tener un marido y conforme a esta realidad, la mujer podrá entender que únicamente el último matrimonio produce efecto legal. Así, aunque el derecho establezca que el matrimonio posterior es nulo según el artículo 1452, nadie podrá alegar la nulidad de este matrimonio hasta que haya una declaración judicial.

En este caso, el derecho thailandés ha tenido en cuenta la

---

(91) Cc. thailandés, art. 1536:

"El hijo nacido de la mujer durante el tiempo en que es esposa del hombre (su esposo y presunto padre) o dentro de los 310 días siguientes a la disolución del matrimonio, se presume hijo legítimo del marido, o sea del que era entonces su marido.

Lo establecido en el primer párrafo se aplicará al hijo nacido antes de la declaración judicial demostrando la nulidad del matrimonio, o dentro de los trescientos diez días desde el mismo".

intención de la mujer que quiera tener hijos con el nuevo marido más que con el anterior, no teniendo tampoco obligación de fidelidad con éste.

Si el derecho presumiera que es hijo legítimo del marido anterior, podría considerarse que exige a otra persona que se responsabilice de él, no siendo ésto correcto ni justo porque el marido anterior ya no tiene relación alguna con la mujer.

3) En el caso de que la mujer esté embarazada del primer marido (y consecuentemente sea aplicable la presunción de paternidad atribuible al nuevo marido), si la mujer sabe que está encinta y se lo comunica al nuevo marido, podrán esperar hasta que ella dé a luz y casarse posteriormente, para evitar este problema. En el caso de que ambos contraigan matrimonio antes de que la mujer dé a luz, tácitamente los dos aceptan la situación; por eso, cuando nazca el hijo, el segundo marido tendrá que aceptar la legitimidad del hijo por la presunción de paternidad.

4) Pero hay que hacer una observación sobre la presunción de paternidad: El artículo 1538 prohíbe aplicar dicha presunción establecida en el artículo 1536 ap.1, por la que se presume hijo legítimo del primer marido salvo que haya sentencia firme declarando que no es hijo legítimo del segundo marido, no prohibiéndose aplicar la presunción de paternidad establecida en el artículo 1536 ap.2.

5) En el caso de que se establezca esta presunción de paternidad, nos parece que el derecho tiene el propósito de que el hijo nacido de esta condición sea del segundo marido, y sólo se podrá destruir dicha presunción por la declaración judicial. Si el derecho no prohibiera aplicar el apartado 1. del artículo 1536, el efecto se podría referir a la validez del primer matrimonio; así podría existir el problema de que el hijo tuviera dos padres al mismo tiempo.

6) Con respecto a la aplicación del apartado 2 del artículo 1536, resulta que si se aplicara dicho apartado, se consideraría que el hijo es del segundo marido, pues según el artículo 1495

sólo, la declaración judicial demostrará la nulidad del matrimonio.

Pero si no se aplicara el apartado 2 del artículo 1536, el efecto legal sería que el hijo es del primer marido, conforme al apartado 1 del mismo artículo. Por lo tanto, y para evitar este problema, se establece en el artículo 1538 la prohibición de aplicar la presunción de paternidad establecida en el artículo 1536, apartado 1.

7) Se puede considerar que el derecho permite la aplicación del artículo 1536 ap.2 para confirmar el propósito del legislador de que, aunque el hijo nazca del matrimonio contraviniendo el artículo 1452 y exista sentencia firme, declarando la nulidad del matrimonio posterior, si aquél ha nacido antes de la declaración judicial demostrando que este matrimonio es nulo (o dentro de los trescientos diez días siguientes al día del mismo), se presume hijo legítimo del segundo marido.

8) Se puede observar la última parte del artículo 1538: "Salvo que exista sentencia firme declarando que no es hijo legítimo del segundo marido". El objeto de esta frase es demostrar que si la presunción de paternidad produce efectos incorrectos, se puede remediar. En este caso, el derecho acepta la destrucción de la presunción de paternidad sólo en el caso de que exista una declaración judicial.

9) Cuando se destruye la presunción mediante una sentencia firme declarando que el hijo no es del segundo marido, el derecho thailandés sigue presumiendo que es hijo legítimo del primer marido. Esta doctrina es razonable y favorece la legitimidad del hijo, pues si no se le presumiese hijo del primer marido, después de impugnarse la paternidad del segundo marido, el hijo no tendría padre, lo que daría lugar a una situación injusta.

10) El derecho thailandés establece la presunción de paternidad del artículo 1538 sólo para fijar la paternidad del hijo, no considerando la corrección o incorrección del segundo matrimonio. La ley necesita presumir previamente la paternidad para favorecer al hijo, con el objeto de que alguien lo cuide y mantenga.

Si no se estableciera esta presunción de paternidad, los dos maridos podrían negar sus responsabilidades frente al hijo.

11) Pero la presunción de paternidad, conforme al artículo 1538, no es totalmente absoluta. Si los dos maridos no fueran padres del hijo, ellos podrían impugnar la presunción de paternidad. El derecho establece esta presunción por respeto a la verdad, ya que si ambos no son padres, el derecho no los exige responsabilizarse de este niño, porque es posible que la mujer tuviera relación sexual con otro hombre que no sea ninguno de los dos maridos, en el período legal de la concepción.

12) En la bigamia, si el primer matrimonio es nulo, pero no existe sentencia firme declarando dicha nulidad, o existe esta sentencia después de la celebración del segundo matrimonio, no se plantea el problema sobre la presunción de paternidad, porque el derecho siempre presume que el hijo lo es del segundo marido, aunque el primer matrimonio sea válido o nulo. En estos casos, el derecho no tiene en cuenta la nulidad o validez del primer matrimonio.

El sistema jurídico tailandés puede establecer esta presunción porque su derecho de familia es un derecho consuetudinario y en la costumbre matrimonial tailandesa, no se considera que la bigamia sea un delito, como lo establecen los derechos de los países occidentales. La costumbre y el derecho de dichos Estados no aceptan la bigamia, ni modifican el Código civil en sus países de la misma forma que lo establecido en el Código Civil tailandés; y por otra parte, creemos que si otro país modificase sus normas como ha hecho Tailandia con el artículo 1538 de su Código civil, se producirían grandes protestas a todos los niveles.

#### 6.2.3. El Derecho español

En el derecho español, se prohíbe la bigamia según lo establecido en el artículo 46:

"No pueden contraer matrimonio:



1) ...

2) Los que estén ligados con vínculo matrimonial". Es decir, no puede casarse el que ya está casado; y, como afirma el profesor Albaladejo (92) "ha de tratarse de estar casado en matrimonio que nuestro Derecho considere así, es decir, de unión que el Código conceptúe matrimonio y le de eficacia de tal, pues si no, no produciendo para nuestra ley vínculo matrimonial, no liga a los unidos por él con el vínculo matrimonial primero que es obstáculo para poder casarse otra vez".

Se prohíbe la bigamia en una forma semejante a la prevista en el derecho tailandés (93), pero prácticamente el derecho español resulta sencillo el control para evitar las situaciones de bigamia, mientras que en el derecho tailandés no es así por las siguientes razones:

a) Para contraer matrimonio el derecho español exige "fe de vida y estado" que permita demostrar la soltería o viudez, conforme al artículo 364 del Reglamento del Registro Civil; pero el derecho tailandés no exige este documento, sino sólo preguntar a los cónyuges si están solteros o no antes de hacer constar la inscripción del matrimonio.

b) En el derecho español, ha de celebrarse el matrimonio ante el juez o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes (94). Pero en el ordenamiento tailandés es posible casarse en cualquier oficina del Registro civil (95), no exigiéndose sólo comparecer ante el registrador corres-

---

(92) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 46.

(93) Cc. tailandés art. 1452.

(94) Cc. español, art. 57 ap.1.

(95) Ley de Registro Civil tailandesa 1935, artículo 5: Para hacer constar la inscripción según lo establecido en esta Ley, puede hacerlo en cualquier oficina de Registro Civil, conforme a lo establecido en la regulación ministerial. En el caso de que existan inscripciones relacionadas con ella en más de un sitio, será necesario hacerlo constar en dichas inscripciones.

pondiente al domicilio de los cónyuges, como lo establecido en el orden de la inscripción familiar (96); y si alguien pide que haga constar la inscripción del matrimonio, el registrador deberá llevar a cabo dicha inscripción (97).

c) En el derecho thailandés, prácticamente el registrador puede hacer constar la inscripción del matrimonio fuera de su oficina (98); pero en el derecho español esto no resulta posible.

---

(96) Orden de la inscripción familiar 1940, nº 4: Para hacer constar la inscripción, se puede pedir hacerlo en cualquier oficina de Registro Civil; no será necesario realizarlo en el sitio correspondiente al domicilio de la persona que lo pida o en el sitio donde haya de celebrarse conforme a la ideología o a la costumbre.

Si esa inscripción relaciona a otra inscripción que haya hecho en otra oficina, habrá de notificarse esa inscripción a la oficina de Registro Civil mencionada todas las veces, por ejemplo: sobre la inscripción del divorcio, si los cónyuges han hecho constar la inscripción del matrimonio en otra oficina, el registrador que haya hecho constar la inscripción del divorcio tiene que avisar al registrador que inscribió el matrimonio para que pueda anotar en la inscripción del matrimonio que esos cónyuges ya se habían divorciado en tal oficina y tal día.

(97) La Ley de Registro Civil, 1935, artículo 10 ap.1: Cuando alguien pida hacer constar la inscripción del matrimonio, el registrador tiene que hacerlo.

El Orden de la inscripción familiar, 1940, nº 3: Cuando alguien pida hacer constar cualquier inscripción ante el registrador, éste deberá hacerlo, salvo que no esté conforme a lo dispuesto en la Ley o en conflicto con lo establecido en esta Orden.

(98) La Ley de Registro Civil, 1935, artículo 10 ap.2: Para hacer constar la inscripción del matrimonio, puede pedirse al registrador que lo haga fuera de la oficina....

Orden de la inscripción familiar, 1940, nº 5: Para hacer

Por estas razones, es muy difícil que exista una situación de bigamia en el derecho español; por eso, también es difícil que se presente el conflicto de las presunciones de paternidad en el caso de la bigamia.

Detalle muy importante, decisivo para impedir la existencia de bigamia, es que en el derecho español, se considera ésta como delito (99); también lo son los comportamientos que se relacionen con ella de alguna manera, como ha demostrado el Tribunal Supremo a través de una abundante jurisprudencia. De ella podemos deducir lo siguiente:

- "Es cómplice quien afirma conocer la soltería de una persona casada, para que ésta pueda contraer nuevo matrimonio" (100).

- "Concurre con el delito de falsedad en documento oficial, cuando el sujeto se hace pasar por soltero en los actos y actas en que interviene" (101).

- "Debiendo aplicarse el artículo 71 en el caso de falsa inscripción en el Registro de la defunción de la propia mujer, como medio necesario para cometer el delito de bigamia" (102).

Pero en el derecho thailandés no existe el delito de la bi-

---

constar la inscripción fuera de la oficina, puede hacer sólo la inscripción del matrimonio y la inscripción del reconocimiento del hijo y el registrador puede hacerlo fuera de la oficina sólo si se encuentra dentro del distrito correspondiente a esta oficina de Registro civil...

(99) Código Penal español, artículo 471:

"El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior será castigado con la pena de prisión menor". Edición preparada por Luis Rodríguez Ramos, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1982.

(100) La sentencia de T.S. de 11 de junio de 1981.

(101) La sentencia de T.S. de 2 de enero de 1957.

(102) La sentencia de T.S. de 6 de diciembre de 1894 y de 29 de abril de 1942.

gamia; tan sólo se considera delictivo el acto de notificar el falso testimonio al funcionario. Así, lo establece el artículo 267 del Código Penal thailandés (103): Cuando ambos o uno de los cónyuges testifiquen falsamente ante el registrador que son solteros para que éste haga constar la inscripción del matrimonio, cometerán sólo el delito de notificar el falso testimonio al funcionario, pero no un delito de bigamia.

Sin embargo, puede existir también la bigamia en España (a pesar de que, como hemos dicho anteriormente, la legislación no da muchas facilidades para que tal hecho ocurra). La bigamia suele ir acompañada, normalmente, de mala fe por parte de cualquier persona, como hemos dicho al referirnos a las sentencias mencionadas (por ejemplo, ambos o uno solo de los cónyuges han conseguido un certificado falso del Registro Civil, o el funcionario ha autorizado el matrimonio de mala fe).

Podemos considerar, pues, algunas disposiciones en que el derecho prohíbe la bigamia; pero si ésta existe, el matrimonio será nulo (104), y será necesaria una declaración judicial que

---

(103) Código Penal thailandés, artículo 267 se refiere al que notificare al funcionario que haya cumplido con su tarea correctamente, un hecho constitutivo de falso testimonio para que lo anote en documento público u oficial con el propósito de utilizarse como evidencia, de manera que vaya a perjudicar a otra persona o al público; según este artículo, esta persona será castigada con una pena no superior a tres años de prisión o con una multa de no más de seis mil bath (un bath es equivalente a seis pesetas), o ambos. Coleccionado por Suchat Chivachat, Imprenta Nitibannakarn, Bangkok, 1973.

(104) Cc. español art. 73:

"Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

2º. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48".

demuestre su nulidad (105). A este respecto, establece el artículo 79 que "la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume".

Por eso, aunque el matrimonio sea declarado nulo, la ley, deseando proteger en general la situación creada por la apariencia de validez del matrimonio (y especialmente a los cónyuges que no hubiesen obrado de mala fe y a los hijos) establece que, aun después de anulado, si se contrajo de buena fe, se mantienen los efectos producidos (desde la celebración a la anulación) para el cónyuge que hubiese obrado con ella y para los hijos; y si ambos obraron de mala fe, sólo para éstos (106). Podemos ver que el hijo es siempre protegido, motivo por el cual el artículo 79 recoge del derogado artículo 69 (107) todo lo que puede resultar favorable al hijo.

Cuando existe la bigamia el matrimonio es nulo, pero dicha nulidad no afecta a los efectos ya producidos respecto del hijo;

---

(105) Cc. español, art. 74:

"La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes".

(106) Albaladejo, Manuel, "obra citada", P. 104.

(107) Cc. español, artículo 69 (derogado):

"El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos".

por lo tanto, pueden existir también el conflicto de las presunciones de paternidad, porque el hijo que ha nacido en un momento en que existían los dos matrimonios puede ser considerado hijo de los dos maridos de su madre, conforme a la presunción de paternidad. Pero el derecho español no establece ninguna norma para resolver este conflicto, al contrario que el derecho thailandés; esto es debido, a nuestro entender, al hecho de que se prohíbe la bigamia absolutamente y por tanto resulta muy difícil que se produzca el conflicto entre ambas presunciones de paternidad en este caso, dado que, como hemos explicado anteriormente, existe un control muy estricto sobre la celebración del matrimonio.

Pero si se plantea el conflicto de las presunciones de paternidad, como no hay ninguna norma para resolver dicho caso, a nuestro modo de ver deben decidir los tribunales casuísticamente, teniendo además en cuenta que, para probar la paternidad verdadera, la prueba biológica produce unos efectos más seguros.

En el supuesto de la ausencia de uno de los cónyuges, cuando el cónyuge presente contrae nuevo matrimonio, éste es nulo porque todavía subsiste el matrimonio anterior. El matrimonio no se disuelve por la ausencia legal, sino por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio (108). Pero la nulidad del matrimonio no afectará a los efectos ya producidos respecto de los hijos, y por eso, aunque pueda existir el conflicto entre las presunciones de paternidad en las que se establece que el hijo es de los dos maridos de su madre, en la práctica no se presentará este problema. El hijo siempre es del segundo marido, pues no era posible que el primer marido tuviera relación sexual con su mujer en la época de su ausencia. Puede existir el problema, sin embargo, cuando el cónyuge ausente

---

(108) Cc. español art. 85:

"El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio".

se presenta y el hijo nace después; en tal caso, éste se presume hijo de los dos maridos y resulta difícil averiguar quién es el padre verdadero.

Se puede plantear un caso realmente complicado si el cónyuge presente se casa otra vez después de obtener una declaración de fallecimiento del otro cónyuge, y éste se presenta y tiene relación sexual con la mujer mientras ésta aún está casada con otro hombre, cuando de estas relaciones nace un hijo. Este caso no puede considerarse de bigamia -pues el matrimonio anterior ya está disuelto- sino que se trata de un adulterio: el hijo nacido posteriormente se presume hijo del segundo marido, aunque sea suyo o del primero. No existe, por tanto, el conflicto de las presunciones de paternidad, y en todo caso, si no es hijo del segundo marido, éste podrá destruir la presunción de la paternidad conforme al artículo 117.

C A P I T U L O    VII

DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL E  
INSEMINACION ARTIFICIAL



## 7. DETERMINACION DE LA FILIACION MATRIMONIAL E INSEMINACION ARTIFICIAL

Entre los supuestos jurídicos que la ley tiene que plantearse, se encuentra el problema del hijo nacido por medio de un proceso científico.

Este problema puede afectar sobre todo a los hijos no matrimoniales, ya que nunca puede saberse quién es el padre de esos hijos, debido al secreto que encierra este proceso de inseminación artificial; por supuesto que no hay problemas respecto a la determinación de quién es la madre.

El Papa Pío XII, no se mostraba de acuerdo con el acto de la inseminación artificial, y en este sentido afirmó el día 29 de octubre de 1951 que "el mandamiento de Dios en el que se hablaba sobre la unión en una carne (Union in one Flesh), no significaba la unión de dos unidades de vida realizada por medio del proceso científico, sino la unión de dos personas" (1).

La inseminación artificial en seres humanos, plantea una serie de problemas jurídicos como se refleja en la incidencia que tiene en la impugnación de la paternidad cuando hubiese tenido lugar una inseminación procedente del propio marido (2).

En relación a la normativa derogada, la doctrina examina las cuestiones que podrían surgir si el marido (después de dar su consentimiento) alegase posteriormente la imposibilidad física de cohabitación, en el caso de que se hubiera practicado por acuerdo de los cónyuges la inseminación artificial procedente del mismo marido (debido a su impotencia para tener acceso con su mujer) . sobre este tema hay diversas opiniones en la doctrina, pues así mientras unos opinan que se puede impugnar por el simple hecho

---

(1) Sheed, F.J., Nullity of Marriage, New Edition-Revised, and Enlarge, London: Sheed and Ward, Inc., 1959, P. 54.

(2) Espín Cánovas, Diego, "Manual de Derecho Civil Español, Vol. IV, Familia", 6ª edición, 1981, P. 292.

de existir alejamiento físico (interpretando literalmente el artículo 108 del Código Civil anterior), otros dicen que la conducta del marido que primero consiente en la inseminación y luego impugna su paternidad, no puede tener apoyo legal.

Sobre este tema, dado que en España no ha sido todavía muy analizado, creo que es conveniente mencionar el derecho comparado, y en concreto el de los Estados Unidos, porque es un país donde este tema de la inseminación artificial va por delante, con gran diferencia, tanto científicamente como legalmente, respecto a la mayoría de los países, es decir, es un país donde este procedimiento científico se ha aplicado más veces, y donde tiene una determinada regulación legal, debido precisamente a esta gran aplicación que viene teniendo en la sociedad americana. Sin embargo, todavía no hay una Ley completa para controlar y proteger todos estos supuestos.

#### 7.1. HIJO NACIDO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Se estima que en Estados Unidos hay más de 250,000 personas nacidas por inseminación artificial y más de 100,000 personas en el resto del mundo (3). Ordinariamente se llama a estos hijos "bebés probeta".

Más del 10% de los matrimonios son estériles por naturaleza, pero gracias al método científico de la inseminación artificial, se produce el efecto de que más del 35% de estos matrimonios pueden tener hijos (4). Se estima que las mujeres que no pueden tener hijos con sus maridos por esterilización o impotencia sexual de estos son de un 30-50% (5).

---

(3) Lee, Robert E., "The Changing American Law Relating to Illegitimate Children", The Child and the Law, Vol 4, Oceana Publishing Inc, Dobbs Ferry New York, 1976, P. 464.

(4) Lee, Robert E., P. 465, "obra citada".

(5) "Artificial Insemination", A Parvenu Intrudes on Ancient Law, 58 Yale Law Journal, 1949, P. 457.

Se conocen dos clases de inseminación artificial:

1. La inseminación artificial utilizando el propio semen del marido (Artificial Insemination, Husband o A.I.H.).

2. La inseminación artificial utilizando el semen de otro hombre que lo done. (Artificial Insemination, Donor o A.I.D.).

Se necesita el consentimiento de las tres partes cuando se utilice el semen de una tercera persona. Y ésta debe donar su semen voluntariamente. El médico guardará el secreto del donante estrictamente, y no puede decir al matrimonio quién es el donante y tampoco este último puede saber quién utiliza su semen.

Este secreto es muy importante para proteger la dignidad de las tres partes, para evitar los problemas que puedan existir en el matrimonio por amenazas del donante y para proteger el riesgo de que la mujer pudiera sentir cariño por el donante, así como para proteger al donante de la acción de reclamación que pudiera existir, ejemplo: si muere el marido, la persona con interés puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, para conseguir que se declare la filiación entre el hijo y el donante.

La inseminación artificial por el semen del marido puede dar lugar a algunos problemas jurídicos, pero la inseminación por el semen de tercera persona producirá todavía más problemas, que hoy los legisladores todavía no pueden determinar (6).

Los problemas que pueden plantearse, podemos enumerarlos de la siguiente manera:

- ¿El hijo nacido de la inseminación artificial es hijo legítimo o no?.

- ¿Se puede considerar que el hijo es un miembro de la familia del marido para que pueda tener derechos sucesorios o no?.

- ¿El hijo puede ejercitar la acción de reclamación de mantenimiento o de los derechos sucesorios del donante, que biológicamente es el padre del hijo, o no?.

---

(6) Lee, Robert E., Página 465, "obra citada".

- ¿El donante puede ejercitar la acción de reclamación para cualquier derecho del hijo o sus bienes o no?.

- ¿La inseminación artificial de una tercera persona puede producir el mismo efecto que un adulterio en la mujer?. Si se interpreta así, en los derechos de algunos países se considera que la mujer ha cometido un delito y el marido puede ejercitar la acción de divorcio.

- Si se interpreta que la inseminación artificial es un adulterio, ¿el médico responsable de la inseminación será coautor (o autor en el derecho de algunos países) en este adulterio, o no?.

- Si el médico apunta el nombre del marido en el certificado de nacimiento y no apunta el nombre del padre biológico, ¿cometerá el delito penal de falsificación de documento?.

La ciencia y la medicina hacen posible que se produzca la inseminación artificial en la sociedad, pero en este tema existe una gran laguna legal y en consecuencia, una falta de jurisdicción.

Estados Unidos es el país, como hemos dicho, que ha progresado más en este tema, pero hay pocas sentencias de los tribunales sobre la inseminación artificial. Una sentencia que se puede utilizar como punto de referencia puede ser la siguiente; por ejemplo:

El caso Gursky V. Gursky: la sentencia decía que el hijo, concebido por inseminación artificial, de un hombre que no fuera el marido, aunque se hubiera hecho con el consentimiento de este último, el hijo no era hijo legítimo del marido, pero éste tenía que tener responsabilidad sobre este niño respecto a su mantenimiento.

El juez de Nueva York demostraba que el consentimiento y el hecho de que el marido aceptara la inseminación artificial de su mujer por el semen de otro hombre, incluida su aceptación escrita, era su promesa de que iba a cuidar al niño que había nacido como efecto de esta inseminación artificial. (La obligación del marido ocurría por razón de la retractación (no volver contra

sus propios actos)). El juez declaró que el hijo no era hijo legítimo, y por esto la sentencia fue muy criticada.

Sin embargo, la opinión pública pensaba que este hijo, era hijo legítimo.

En contra de lo mantenido en esta anterior sentencia, en el año 1973 el juez en Nueva York dictó una sentencia en la que declaraba que el hijo nacido de la inseminación artificial por el semen de otro hombre, con el consentimiento del marido, era hijo legítimo y tenía los mismos derechos que si hubiera sido concebido de forma natural en el matrimonio: el marido era el "padre" y era el que tenía que prestar el consentimiento en el caso de que otra persona adoptara al hijo (7).

En el año 1968, en el Estado de California se dio el caso de un hijo nacido de la inseminación artificial, con el consentimiento del marido, después de 15 años de la celebración del matrimonio y habiéndose declarado al marido estéril por el médico. El juez declaró que siendo el hijo, un hijo legítimo, se cometería un delito penal en caso de no cumplir el deber de mantenimiento que el padre tiene con su hijo (8).

El juez del Estado de California declaraba que la consideración de que el hijo nacido de la inseminación artificial no era hijo matrimonial, no era un motivo justificado, para que el marido negase que era hijo legítimo suyo.

Sobre la cuestión de sí la inseminación artificial se podía considerar un adulterio o no, el juez había dicho inteligentemente en la sentencia que "el médico que realice la inseminación podía ser una mujer o el mismo marido podría realizarla, y por lo tanto, no tenía razón de ser el considerar que esta acción era un adulterio, ya que el donante del semen podía estar a más de mil millas o incluso podía haber muerto en el momento de hacerse la insemina-

---

(7) Lee Robert E., P. 466 "obra citada".

(8) People V. Sorensen, 68 Cal. 2d. 280; American Law Report (A.L.R.) 3d 1093 (1968).

ción artificial (9).

En cinco estados de la nación americana se promulgó una ley, que regulaba que el hijo nacido de la mujer casada, como efecto de la inseminación artificial por el semen, de otro hombre, que no fuera su marido, era hijo legítimo (10).

Cuatro de esos cinco estados, regulaban que el marido y la mujer tenían que hacer la solicitud y prestar el consentimiento escrito para utilizar esa técnica (11). Solamente el Estado de California establecía que el consentimiento escrito del marido bastaba para que el hijo fuera hijo legítimo.

El artículo 5 de "The Uniform Parentage Act" que era aceptado por Commissioners on Uniform State Laws in 1973 y era reconocido por "The American Bar Association". En el año 1974, la mencionada Ley disponía que "si ha sido hecha la inseminación artificial a la mujer con el semen de un hombre que no es su marido bajo el control de un médico licenciado, y con el consentimiento del marido, se considera que éste, es padre natural del hijo concebido por la inseminación artificial; el consentimiento del marido tiene que hacerse por escrito y estar firmado por él mismo y su mujer".

El artículo 2 de esta Ley establecía que "la relación entre padres e hijos es igual entre todos ellos sin tener en cuenta la situación jurídica de los padres", es decir, si son matrimonio o están divorciados o separados, etc...

En el año 1971, el Estado de Carolina del Norte dictó una ley, en la que se disponía que el hijo nacido de mujer casada,

---

(9) 66 Cal. Rép. 7, 437 P. 2d 495 P. 501.

(10) Código Civil del Estado de California, art. 216 (Deering) 1971, Código del Estado Georgia Nº 74-101.1 (1973). Código del Estado de Kansas Nº 23-128 y nº 23-130 (adición 1973). La Ley del Estado de Carolina del Norte nº 49 A-1 (adición 1973). La Ley del Estado de Ocklahoma nº 551-553 (adición 1973-74).

(11) Excepto la Ley del Estado de California.

por efecto de la inseminación artificial, con el semen de otro hombre que no fuera su marido, era hijo legítimo.

Ambos, el marido y la mujer, tenían que hacer la solicitud y el consentimiento por escrito para poder utilizar esa técnica.

La Ley del Estado de Carolina del Norte (12) regulaba que "el hijo nacido por efecto de la "heterologous artificial insemination" era considerado por la Ley en todos los casos como hijo legítimo, como el concebido en forma natural, por el marido y la mujer que hubieran hecho la solicitud y dado el consentimiento por escrito para poder utilizar esa técnica.

La frase inglesa "heterologous artificial insemination" significa coger el semen de un donante que sea una tercera persona, e inyectarlo con una jeringa en la vagina de la mujer. Este método se llama "A.I.D.".

El método contrario del "heterologous artificial insemination" es el "homologous artificial insemination". En este caso, se inyecta el semen del propio marido a su mujer por el mismo método. Se llama "A.I.H.".

Pueden existir algunos problemas jurídicos complicados cuando se utilice el semen del marido para la inseminación artificial, es decir, cuando se utiliza el método "A.I.H.", porque generalmente no hay ninguna Ley que regule el método "A.I.H." en el Estado de Carolina del Norte, ni en otro Estado (existe una laguna legal).

La impotencia sexual era una de las causas de la nulidad del matrimonio y también del divorcio en el Estado de Carolina del Norte (13). Se define a "la impotencia sexual", como la incapacidad de tener relación sexual, que no es lo mismo que la esterilización, que significa impotencia para engendrar (14).

---

(12) La ley del Estado de Carolina del Norte nº 49 A-1.

(13) Lee, "North Carolina Family Law", Art. 23 (3 edición 1963).

(14) Ibidem.

El marido impotente sexualmente, podía ser padre del hijo por el método A.I.H. En este caso, ¿podía entonces la mujer anular el matrimonio después, refiriéndose a la causa de la impotencia sexual del marido, o no?. Una sentencia de un Tribunal Inglés contestaba afirmativamente (15), es decir que la mujer sí podía hacerlo. En el Estado de Carolina del Norte, se podía llegar a la misma conclusión, de manera que se podría conseguir no sólo la nulidad del matrimonio, sino también el divorcio.

Si la demandante tenía la prueba suficiente para poder reclamar la nulidad del matrimonio, o el divorcio, por causa de la impotencia sexual del marido, la realidad de que el hijo nacido de la mujer por efecto de la inseminación artificial por el método A.I.H. o A.I.D., no era tomada en cuenta.

Otro problema que podía existir, muy complicado para el Tribunal, era sentenciar si la inseminación artificial de la mujer que utilizaba el semen de un donante, era un adulterio, o no (16).

Para que existiera adulterio, en el derecho americano era necesario un contacto sexual con "inmisio penis" (17). Sin embargo, no había ningún contacto utilizando el método A.I.H. Para que existiera adulterio era necesario la satisfacción sexual y llegar a la culminación del acto, pero por el método de A.I.D., no solamente faltaba esa satisfacción, sino que además el donante y la mujer nunca se llegaban a ver intencionalmente (18).

Se presumía estrictamente que el hijo nacido durante el matrimonio o después pero dentro del tiempo regulado por la Ley, era hijo legítimo (19). Esta presunción era muy estricta.

---

(15) Caso L.V.L. (1949) A11 E.R. 141, Caso Clarke V. Clarke, (1942) 2 A11 E.R. 540.

(16) Lee, Robert E., P. 468 "obra citada".

(17) 24 Am. Jur. 2nd 198 (1966).

(18) Boardman, New York Family Law nº 116, Biskind ed., 1906 PP. 483-484.

(19) Lee, North Carolina Family Law, Ar. 250 (3 edición 1963).



En caso de convivir juntos el marido y la mujer en el momento de nacer el hijo, había una sentencia que presumía específicamente que el marido era el padre si no era sexualmente impotente (20). Estas presunciones se podían utilizar para el caso del hijo nacido por medio del A.I.D. (21).

## 7.2. DOCTRINAS ACERCA DE LA FILIACION DEL HIJO NACIDO POR INSEMINACION ARTIFICIAL

El legislador de los países que se rigen por el "Common Law", como Estados Unidos, considera que el marido es el padre del hijo nacido por inseminación artificial, salvo que ésta haya sido hecha sin su consentimiento; tampoco es hijo del donante. Respecto a este tema los legisladores Thaiandeses generalmente mantienen varias opiniones:

### 7.2.1. La opinión estricta sobre la consanguinidad

Se piensa que el hijo nacido del semen del donante, es hijo de esta persona; porque el semen de este hombre es el origen del hijo natural. La herencia de la sangre y los caracteres hereditarios del hijo demostrarán la relación entre padre e hijo.

En Thailandia existe una sentencia del T.S., número 1048/1949 que analizaba el caso de una mujer casada que reclamaba en un juicio para que se declarase en la sentencia que su hijo, era de otro hombre, no de su marido.

El juez de Primera Instancia opinó que éste era un caso inmoral y rechazable. El Tribunal de la Audiencia y el Tribunal Supremo, por el contrario declararon que este hijo era hijo del otro hombre, estimando además que "el hecho era inmoral para la mujer y el otro hombre, pero el hijo no tenía nada que ver con esta acción"; el sentenciar que el hijo era hijo del padre verdadero,

---

(20) Lee, "obra citada", nota 26.

(21) Clark, Law of Domestic Relations, Sec. 5.1, P. 157 (1968).

no constituía conflicto con el orden público o la moral; y por el contrario, esta sentencia estaba conforme a la moral, porque decir "hijo del padre verdadero" era más correcto que "hijo de otra persona".

En realidad, esta sentencia no se refiere directamente al problema de la inseminación artificial, pero consideramos que se puede analizar aquí, ya que constituye un caso de analogía.

#### 7.2.2. La opinión sobre la consanguinidad por condición

En este caso, para considerar que el hijo está ligado por el vínculo de consanguinidad con su propio padre, se necesita, no solamente el espermatozoides de éste, sino también la intención del mismo, es decir, que el dueño del semen tiene que querer por sí mismo, que se produzca la inseminación artificial. Esta opinión es más estricta que la anterior, porque en este caso siempre se necesita la intención de ser padre.

#### 7.2.3. La opinión que considera que el marido pueda ser dueño del semen de otra persona

Se piensa que el espermatozoides de otra persona es un bien, que puede ser utilizado por el marido, si éste se hace dueño de ese bien. Por eso el hijo nacido de la inseminación artificial con ese semen, del que es dueño el marido, se considera que es hijo del marido, porque éste es el que tiene la intención de que nazca el hijo, y por lo tanto de ser padre. La inseminación artificial puede ser hecha por el mismo marido, o por otra persona que represente a éste. Se considera que el marido es el padre de ese hijo.

En este caso no se estima la relación de consanguinidad y la esencia importante de esta opinión, radica en que el marido es el dueño del semen de otro hombre. Además el marido, es el que tiene la intención o el propósito de ser padre de ese hijo. Pero la ley no regula este caso, aunque se considera que el hijo nacido de esa inseminación artificial es hijo del marido conforme a una presunción de derecho.

Esta opinión es la más flexible de todas las que hemos analizado.

### 7.3. LA CONSIDERACION COMPARADA DE LAS 3 DOCTRINAS

1. La primera opinión es demasiado estricta: cree que el hombre que dona el semen será el padre del hijo nacido. Generalmente, el médico no permite que ninguna parte sepa quién es el dueño del semen y a quién se dona ese semen, para evitar los problemas que puedan existir después. Según esto si no se conoce al dueño del semen, siempre será un hijo sin padre o de padre desconocido. En este caso si el dueño del semen va a donar, sin saber quién usará su semen y será padre de ese hijo nacido con una mujer desconocida, parece esta opinión como demasiado estricta y que deja muchas lagunas.

2. La segunda opinión no difiere mucho de la primera. Se opina sin pensar sobre lo esencial de la técnica de la inseminación artificial, ya que la inseminación se puede hacer del semen de cualquier persona a la mujer de otro hombre, y además cualquier persona puede hacer la inseminación, por ejemplo: la mujer por sí misma, el marido, el dueño del semen o el médico; en todos estos casos se produce el mismo efecto. El tratamiento de la inseminación y el acto sexual no son hechos iguales, y que puedan regularse de la misma manera. Esta opinión es muy estricta porque casi no aporta nada para resolver este problema.

3. La tercera opinión puede resolver los problemas, aunque la opinión de que el semen es un bien (una cosa que se puede vender), éste en contra del sentimiento de los humanos. Pero este supuesto es parecido al que se obtiene con el semen de un animal para que se produzcan los efectos que se quieran por medio de una inseminación. El marido, después de ser dueño del semen, lo podrá utilizar como quiera. Tanto si se hace la inseminación a su mujer por sí mismo, como si se hace por otra persona, el hijo nace con su intención, por eso, será su hijo legítimo.

Para la consideración de la inseminación artificial, se necesita acudir al derecho natural que siempre depende de la moral y la necesidad. En este derecho la opinión de la consanguinidad es todavía importante, lo mismo que la frase: "el padre es la persona que engendra al hijo". Podrá resolver los problemas que se plantean, siguiendo estos principios, por lo menos, la persona que cree que "el dueño del semen será padre del hijo". Pero se puede considerar que el dueño del semen no haya tenido la intención ni haya hecho nada para que nazca el niño; solamente ha dado su semen. Por lo que nos podemos preguntar, ¿podrá ser padre del hijo nacido de la inseminación artificial o no?.

El sentido y la relación íntima entre padres e hijo son tan importantes como la posición del dueño del semen: Con relación a este tema, podríamos mencionar la sentencia siguiente:

En julio de 1978, el Tribunal Inglés de Londres dictó una sentencia (22) sobre un caso de un hombre cuya mujer no podía engendrar hijos; él hizo la inseminación artificial con una prostituta, donando su semen y pagándola 5.700 dólares. La prostituta no ejerció su profesión mientras estaba embarazada, y después de dar a luz, ella no quería dar su hijo a estos esposos. Entonces, éstos secuestraron al niño y la prostituta acudió al juez.

El juez de Suprema Instancia, "Juez James Komin", dictó la sentencia el día 20 de junio de 1978, estableciendo que el contrato era terrible para la madre, y por tanto, la persona que dió a luz era la madre verdadera, y, naturalmente, ella tenía cariño a su hijo, por lo que tenía derecho sobre su hijo; pero el dueño del semen podría visitar al niño todos los sábados durante dos años.

En este caso, se consideraba que la prostituta era la madre legítima del hijo no matrimonial y el Tribunal aceptaba también que el dueño del semen era el padre de este niño por permitirle

---

(22) El reportaje en el periódico "Daily Times" Bangkok, nº 4, libro 1424 de julio de 1978.

visitar a su hijo, no matrimonial.

Sí esta inseminación se realizó con intención del dueño del semen, entonces, no existía problema. Por el contrario, si el hombre no era dueño del semen, o no utilizara su semen para la inseminación, no podía tener ningún derecho para relacionarse con ese niño.

En la actualidad, el progreso científico en esta materia ha ido más allá de la inseminación artificial, apareciendo otra nueva posibilidad: la fecundación "in vitro", proceso totalmente diferente del anteriormente citado. La inseminación artificial es un método indoloro consistente en colocar en la vagina o cuello de la matriz de la mujer una cierta cantidad de semen, que puede ser del marido o de un donante. El proceso, que puede durar cinco minutos, se realiza en torno al día de la ovulación. En cambio, en la fecundación "in vitro", el método consiste en extraer un óvulo maduro de la mujer y llevarlo al laboratorio, donde el biólogo lo reunirá con esperma del marido para fecundarlo. En este caso, el laboratorio hace las funciones de las trompas que o bien no tiene la mujer o las tiene enfermas. Una vez fecundado, vuelve a implantarse en la matriz (23).

La fecundación "in vitro" se realiza cuando puede comprobarse que los esposos tienen un problema de esterilidad radicada en las trompas de la mujer. Este proceso puede resolver dicho problema. Por medio de este sistema, ha nacido en Bristol, Inglaterra, en julio de 1978, la primera criatura fecundada "in vitro" en el mundo (24).

El supuesto de que el hijo haya nacido por medio de la fecundación "in vitro" es más nuevo que el caso del hijo nacido de la inseminación artificial; los países todavía no han establecido ninguna disposición aplicable al supuesto mencionado.

En España, tampoco existe ninguna norma que regule el caso

---

(23) Revista "Cambio 16", 17 de enero de 1983, Nº 581, P. 37.

(24) Revista "Cambio 16", "obra citada", P. 34.

del hijo nacido por medio de la inseminación artificial ni por la fecundación "in vitro". Desde el 14 de enero de 1978 se viene practicando en España la inseminación artificial, hoy ya extendida en diversos puntos del Estado y que arroja un balance de 500 embarazos y 400 partos, 7 de ellos con mellizos (25); también comenzaron a realizarse en 1979 los primeros trabajos sobre fecundación "in vitro". El doctor Simón Marina fue el primero en abrir un banco de semen en España, en el año 1978 (26).

Sobre el proceso de la fecundación "in vitro" en España, se encuentran hoy ciento cincuenta mujeres en la lista de espera del Departamento de Ostetricia y Ginecología de dos clínicas barcelonesas que están a punto de iniciar los trabajos de este proceso y es muy posible que, al final del año 1983, nazca el primer "bebé probeta" español (27).

Cuando la ciencia va más adelante que la jurisprudencia, pueden existir lagunas legales; por ello se hace necesario ver cómo deciden los tribunales. El hijo nacido por medio de la fecundación "in vitro" presenta tantos problemas como el hijo nacido de inseminación artificial, y con frecuencia más complicados (como, por ejemplo, si el médico utiliza un óvulo de una mujer para fecundarlo con espermatozoides de su marido y, después de fecundarlo, lo implanta en la matriz de otra mujer, planteándose de este modo el problema de quiénes son madre y padre del niño.

#### 7.4. ALGUNOS SUPUESTOS INTERESANTES SOBRE EL HIJO NACIDO POR MEDIO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

a) Normalmente, la inseminación artificial realizada con el consentimiento del marido -utilizando bien su semen o bien el semen de otra tercera persona- no plantea muchos problemas,

---

(25) Revista "Cambio 16", "obra citada", P. 36.

(26) Revista "Cambio 16", "obra citada", PP. 34-35.

(27) Revista "Cambio 16", "obra citada", P. 34.

porque el hijo será el marido. Pero si la inseminación ha sido realizada con el semen de otro hombre sin el consentimiento del marido, éste puede no aceptar el hijo. Existirá un problema: ¿puede la mujer ejercitar la acción de reclamación de filiación para que se declare que el hijo es del dueño del semen, si conoce la identidad de éste?.

Sobre este supuesto, es preciso aclarar que generalmente no se sabe quién es el dueño del semen ni tampoco quién lo recibe, pero es posible que la mujer lo haya pedido de una cierta persona. Por lo tanto, existen dos opiniones en este supuesto:

(1) No se puede ejercitar la acción para que se declare que el dueño del semen es padre del niño, porque el semen donado es como un bien -aunque se lo pueda utilizar para que nazca el hijo- y es necesario considerar la intención del dueño del semen, si lo donó con el propósito de que el hijo nacido sea suyo o no; es decir, si lo ha dado intencional y específicamente para que nazca un hijo suyo; problema que debemos considerar seguidamente. En cambio, si lo ha dado no teniendo importándole con qué fines se utilice, el caso será distinto: por ejemplo, si una persona que tenga semen de un hombre realiza con él la inseminación artificial de veinte mujeres, obligar al dueño del semen a responsabilizarse considerándole padre de todos los niños, estaríamos ante una situación anormal e irrazonable. Por eso, en este caso no puede considerarse que el dueño del semen sea padre del niño.

(2) Se puede ejercitar esta acción si el dueño del semen lo ha dado intencionalmente, con el objeto de que se realice la inseminación artificial para que nazca un hijo. En tal supuesto, se puede considerar que este hombre no sólo tiene la intención de que nazca el hijo, sino también se responsabiliza de su nacimiento, incluso del mantenimiento del niño en el futuro. Por lo que se puede ejercitar esta acción, teniendo en cuenta que la naturaleza del niño exige que se considere como padre al padre verdadero.

b) Normalmente la inseminación artificial se practica con

una mujer casada, pero es posible que una mujer soltera quiera tener el hijo por medio de este proceso; el hijo nacido, por tanto sólo será legítimo de esta mujer. Generalmente, no se puede ejercitar ninguna acción para que se declare que alguien es padre del hijo, pero si la mujer sabe quién es dueño del semen y éste tiene la intención de que nazca el hijo, se puede ejercitar tal acción para que se declare que el hijo es de esta persona. Y también es posible que dicha persona ejercite la misma acción, incluso la de reconocimiento del hijo.

c) El supuesto del hijo nacido por medio de la inseminación artificial realizada con una mujer soltera puede analizarse comparativamente con el supuesto del hijo nacido sin que la madre haya mantenido ninguna relación sexual con nadie. El supuesto citado podrá presentarse muy raramente, pero han ocurrido algunos casos, que se consideran nacimientos anormales y antinaturales. Aunque los científicos pueden encontrar la razón que explique estos nacimientos, social y jurídicamente estamos ante un problema complicado si queremos fijar la identidad del padre del niño o de ambos padres. Buena muestra de ello son los supuestos siguientes (28):

1) Una niña estaba embarazada sin haber tenido relación sexual con ningún hombre; por su estado físico, no podía concebirlo ni dar a luz. El médico cuidó y mantuvo al feto y finalmente practicó a la niña una operación para que naciera el hijo. Los médicos analizaron que el feto concebido en el vientre de esta niña era en realidad su gemelo, presumiéndose que los dos habían sido concebidos con dos óvulos, que una vez fecundados crecieron desigualmente; de este modo, el óvulo que había crecido más despacio penetró en el vientre de la niña que era su gemela. Sobre este supuesto, los médicos todavía no han podido establecer si se produjo por casualidad o por otro motivo.

---

(28) Methawikul, Rasada, Master por la Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok, Thailandia, Tesis, "Hijo no matrimonial", 1979, P. 74.



En este caso, por efecto de la prueba científica, se pudo confirmar que verdaderamente ambos niños eran hermanos e hijos de los mismos padres, no existiendo ningún problema. Pero si ocurriera un caso parecido en una situación distinta, sí podría haberlos.

2) Este caso ocurrió en Australia, al principio del año 1977. Una niña estaba embarazada y los médicos confirmaron que ella no había tenido ninguna relación sexual con nadie, presumiéndose que recibió semen a través del agua de una piscina, quedando de este modo embarazada. El hijo nacido lo era legítimo de la niña, aunque ésta no pudiera casarse por su minoría de edad. En el caso de que la concepción haya ocurrido de esta manera, resultará imposible encontrar al padre del niño, e incluso si se lo encontrara, existirían muchas complicaciones; además, encontrarlo tampoco produciría ningún efecto, pues los dos padres no tienen ninguna relación, ni tampoco se conocen. El nacido se considera hijo no matrimonial anormal, por lo que no podrá ser reconocido como hijo de ningún hombre.

El hijo nacido en este caso anormal, como hemos dicho en los dos casos mencionados, sólo será legítimo de la madre, por no poderse encontrar al padre. Por lo tanto, se trata de un caso semejante al del hijo nacido por medio de la inseminación artificial realizada con una mujer soltera, cuando se ignora quién es el dueño del semen.

C A P I T U L O    VIII  
LA PRESUNCION DE PATERNIDAD Y  
EL ADULTERIO DE LA MUJER

## 8. LA PRESUNCION DE PATERNIDAD Y EL ADULTERIO DE LA MUJER.

Hemos visto, al referirnos a la presunción de paternidad, que generalmente se presumen hijos del marido los nacidos en el período legal después de la celebración del matrimonio o después de su disolución o de la separación de los cónyuges. Si el hijo nace antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y después de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, el marido puede destruir la presunción de paternidad o impugnar la paternidad, respectivamente.

Puede ocurrir, sin embargo, que durante el matrimonio la mujer mantenga relaciones sexuales con otros hombres y que este hecho sea declarado judicialmente. Normalmente el adulterio de la mujer es una causa de divorcio y como tal puede ser objeto de declaración en un procedimiento judicial. En este supuesto, si no concibe un hijo; no existe un gran problema, pero si naciera un hijo en ese tiempo, podría presentarse el problema de determinar si el hijo es del marido o de otro hombre, en cuyo caso, ¿se podría utilizar la presunción de paternidad en este supuesto o no?. Este tema sería analizado con más detalle, posteriormente.

### 8.1. PARTE GENERAL

#### 8.1.1. El concepto de adulterio según las distintas sociedades y creencias

a) En algunas sociedades se considera que el adulterio de la mujer es un grave delito y debe ser castigado, en la sociedad china (Taiwan), no sólo se establece que el adulterio es una causa de divorcio (1), sino que se prohíbe a la persona, que por

---

(1) Cc. Chino (Taiwan) art. 1052:

Uno de los cónyuges puede solicitar al juez el divorcio si se da alguna de las siguientes condiciones:

2. Cuando otro cónyuge tenga relaciones sexuales con otra

motivo de adulterio, haya obtenido el divorcio o haya sido sentenciada por causa criminal, contraer matrimonio con la persona con la que se cometió el adulterio (2).

Además, si dos personas han realizado una promesa de matrimonio y una parte mantiene relaciones sexuales con otra tercera persona, la otra parte de la promesa de matrimonio puede revocar dicha promesa (3). Pero en algunas otras sociedades, no se considera que una mujer que tenga relación sexual con otros hombres ha cometido adulterio, ni tampoco supone éste un delito; esta conducta se considera normal en dichas sociedades. Así, por ejemplo, en la sociedad esquimal, un hombre puede tener más de una mujer, y también ésta puede tener más de un marido. Esto es para

---

persona.

Cc. Chino art. 1053:

En el caso especificado en las secciones 1 y 2 del artículo anterior, la parte que tenga derecho a la acción no puede ejercitar la acción de divorcio, cuando él ha consentido previamente en realizar el acto, o ha perdonado, o lo ha conocido por un tiempo superior a los seis meses, o cuando hayan transcurrido dos años después de tener lugar este acto.

(2) Cc. Chino art. 986:

Una persona que, por motivo de adulterio, haya obtenido el divorcio o haya sido sentenciada por causa criminal, no puede casarse con la persona con la que cometió el adulterio.

Cc. Chino art. 993:

Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo el precepto del artículo 986, el cónyuge anterior puede pedir al juez que se declare la anulación; pero dicha anulación no puede ser realizada cuando haya transcurrido un año después de la conclusión del matrimonio.

(3) Cc. Chino art. 976:

Cuando uno de los prometidos es descubierto en una de las siguientes circunstancias, la otra parte puede revocar la promesa de matrimonio:

7. Después de la promesa de matrimonio, una parte mantiene relaciones sexuales con una tercera persona.

ellos correcto y no se considera adulterio, debido a las necesidades económicas de aquella sociedad y su peculiar concepto de la responsabilidad familiar, porque los esquimales basan su sistema económico en la ayuda mutua. La relación entre las familias es muy firme y algunas veces se cambian las esposas, lo que en una sociedad moderna se contempla como mala conducta o como un acto contrario a la moral. Pero los esquimales no piensan así, pues consideran que esta conducta es una exigencia de su sociedad en la que todos deben ayudarse mutuamente en sus necesidades económicas (4).

La sociedad en la que se considera que el adulterio de la mujer es conducta mala e inmoral y establece algunas disposiciones legales para castigarla, siempre tiene en cuenta al "hijo", ya que muchas veces es difícil determinar quién es el padre, planteándose problemas en cuanto a las responsabilidades con ese hijo. Pero en la sociedad esquimal no existe dicho problema, pues una mujer casada puede mantener relaciones sexuales con muchos hombres, y según la costumbre, todos ellos se consideran maridos de esta mujer, por lo cual en su vocabulario no existe la palabra "adulterio". Cuando nazcan hijos, éstos serán hijos de todos los maridos de la mujer, los cuales tendrán la obligación de mantenerlos, sin importar que el hijo sea de un solo padre; especialmente, en el caso de que se hayan intercambiado las esposas en el período de la concepción y haya nacido un hijo sin poderse saber quién es su padre, se considera siempre que el marido de la madre del hijo es el padre, aunque realmente el hijo sea de otro hombre (por haberse intercambiado las esposas) (5). Los esquimales no conocen los celos y admiten su responsabilidad sobre todos los niños. No existen hijos no matrimoniales en esta socie-

---

(4) Ernest S. Burch, JR. "Marriage and Divorce Among the North Alaskan Eskimos", Divorce and After, Edited by Paul Bohannon, Anchor Books, Doubleday and Company, Inc, 1971, PP. 174-184.

(5) Ibidem.

dad, ni tampoco hijos adulterinos, todos son iguales.

Otro motivo que explica que esta sociedad acepte a todos los niños nacidos, sea cual sea su paternidad, es la necesidad de crear un estado familiar por motivos laborales. Como todos los niños se consideran energía para la familia, los hombres aceptan su paternidad voluntariamente. En algunas sociedades, incluso, cuando una mujer queda embarazada, los hombres luchan para obtener la condición de padre del niño y desean que éste nazca en su familia; éste es el caso de la sociedad de Kanuri. (6).

La necesidad de disponer de fuerza productiva es pues una causa importante, que hace que el hombre no niegue su paternidad aunque el hijo no sea suyo, y nunca se considera que éste ha nacido del adulterio. Sin embargo, en la sociedad moderna se piensa que un hijo constituye una carga económica, ya que hay que mantenerlo; y por lo tanto, generalmente se desprecia a los hijos ajenos considerándose que el adulterio de la mujer es un delito y despreciándose, en consecuencia, a los hijos adulterinos.

b) La costumbre y las creencias de cada sociedad son elementos que influyen a la hora de determinar si las relaciones sexuales entre una mujer casada y otros hombres constituyen adulterio o no y si el hijo nacido de esta relación deberá ser despreciado por la sociedad o no. Respecto a la ideología y las costumbres antiguas de la India (7) (conforme a los diversos libros de texto), los hijos no matrimoniales o adulterinos o hijos de prostituta, no eran tan desdeñados como en otras sociedades, aunque no por ello dejaban de ser mirados con cierto desprecio. Sin embargo, algunos personajes importantes habían nacido bajo esta

---

(6) Ronald Cohen, *Brittle Marriage as a Stable System: "The Kanuri Case"*, *Divorce and After*, Edited by Paul Bohannon, Anchor Books, Doubleday and Company, Inc, 1971, PP. 227-228.

(7) Methawikul, Rásada, Master por la Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok (Thailandia), Tesis, "Hijo no matrimonial", 1979, P. 50.

condición y la sociedad india intentó evitar los sentimientos de desprecio, haciendo creer a la gente que estas personas tenían un origen divino. Así por ejemplo:

(1) El nacimiento de los cinco reyes en la "Biblia de Mahaparta" (8). Estos habían sido concebidos como consecuencia del adulterio de su madre, pero se alegó que el padre de ellos era un dios, por lo cual la sociedad y el pueblo los consideraban como personas sagradas.

(2) Muchas personas importantes en la "Biblia Ramayana" (9) habían nacido del adulterio de sus madres y se consideró que su origen estaba en la división que de sí mismo había querido hacer un dios.

(3) Las mujeres que dedicaban su vida a tareas respetables, especialmente al servicio de los templos hindúes (actualmente todavía existen en algunas partes de la India y Nepal) tenían la obligación de proporcionar satisfacción a los hombres que hicieran donativos a favor del templo. Si como consecuencia nacían hijas, éstas debían quedarse en el templo trabajando como sus madres; pero si los nacidos eran hijos, serían considerados personas sagradas, y debiendo dedicar sus vidas en adelante al sacerdocio.

---

(8) "Mahaparta" es una biblia sobre la guerra entre los hermanos que pertenecían a la misma raza divina. Durante la guerra, "Krishna" y "Arajura" enseñaron muchos conceptos religiosos. Esta biblia llamada "Packavackita" era muy importante, por lo cual los hindúes la respetaban mucho.

(9) "Ramayana" es una Mitología religiosa en la que los indios creen y a la que respetan. "Rama" era un rey que se había reencarnado en el Dios Narayna. Algunos soldados importantes de "Rama" eran fruto del adulterio entre ciertos dioses y las mujeres de otros hombres, pero esto no se les ha tenido en cuenta a los dioses, por lo cual sus hijos eran considerados personas importantes.

(4) Chivocomarpat, el médico personal de Buda, era hijo de una prostituta, pero recibía honores y era alabado, considerándosele como una persona importante y famosa.

Conforme a la costumbre y las creencias mencionadas, llegamos a la conclusión de que en la antigua India no existían prácticamente discriminaciones sobre los hijos, fuera cual fuera su condición: matrimoniales, no matrimoniales o adulterinos.

#### 8.1.2. Diferencias entre el adulterio y la bigamia

a) El adulterio se produce siempre que una mujer casada mantiene relaciones sexuales con otro hombre, mientras coexiste o convive con su cónyuge y esta relación tiene el carácter de secreta. Pero la bigamia, sin embargo, existe en los casos en que una mujer contrae un nuevo matrimonio mientras subsiste el anterior, y en este supuesto, a diferencia del precedente, la mujer convive con el nuevo cónyuge públicamente. Normalmente la mujer que contrae nuevas nupcias está separada físicamente de su anterior marido a todos los efectos, y el matrimonio anterior existe sólo en cuanto a sus efectos legales. Según ciertas opiniones sociales, el adulterio de la mujer constituye una situación más inmoral y grave que la bigamia.

b) En cuanto al hijo, y dado que el adulterio se realiza a escondidas, no se demuestra quién es su padre. Incluso, algunas veces, la mujer misma no puede saber que el hijo es de su marido o de otro hombre. El derecho le presume siempre hijo del marido; y, si éste lo impugna con éxito, el hijo será considerado no matrimonial, pudiendo en este caso ejercitar la acción de reclamación de la filiación para que se declare que es hijo del padre verdadero, (proceso que resulta siempre complicado y vergonzoso).

En cuanto a la bigamia, existe tan sólo el problema de determinar cuál de los dos maridos es el padre. En este caso, el derecho de algunos países (como el thailandés) presume que el hijo es del segundo marido; si éste lo impugna, lo presumirá hijo



del primer marido. El derecho protege al hijo en este caso más que en el de adulterio. Se podrá presumir además la paternidad, en caso de bigamia, en el caso de saberse con seguridad con cuál de los dos maridos convivía esta mujer en el período legal de la concepción.

c) Con respecto a la prueba de la paternidad, normalmente la mujer adúltera no desea ejercitar la acción para que se declare que de quién es su hijo, por lo vergonzoso de su situación; el hijo, por tanto, no puede saber en tal caso quién es su padre verdadero. En cuanto al marido de la madre, (es decir, el presunto padre del hijo), normalmente suele declarar negativamente, perjudicando al hijo con su rechazo. Por otra parte, el padre verdadero del hijo puede ejercitar la acción para que se declare que es hijo suyo, pero habitualmente suele huir de tal responsabilidad. Estos supuestos dan siempre lugar a escándalo y por eso, si el presunto padre impugna su paternidad, perjudicará al hijo, ya que normalmente nadie quiere ejercitar la acción para investigar la paternidad verdadera del hijo adulterino.

Pero el caso de la bigamia resulta bastante más sencillo; si se presenta dicho problema, tan sólo habrá de probarse cuál de los dos maridos tiene más oportunidad de ser el padre. Es, por tanto, un caso menos complicado que el del adulterio, porque la conducta prohibida no sólo no se ha realizado a escondidas, sino que existe una presunción de paternidad a favor de alguno de los maridos, como ocurre en el derecho thailandés.

#### 8.1.3. Diferencias entre el adulterio y la inseminación artificial de mujer casada por hombre que no es su marido

a) En el caso de adulterio, debe existir una relación sexual entre un hombre y una mujer, tengan ambos la intención de que nazca el hijo o no. Pero la inseminación artificial se produce en el caso de que los dos no tengan ninguna relación sexual, a pesar de que la mujer tiene un propósito de concebir y alumbrar un hijo.

b) En cuanto a la inseminación artificial, existe la intención de que el hijo sea concebido y nazca a través de un procedimiento científico, sea o no conocido el dueño del semen (generalmente el médico guardará en secreto la procedencia del semen, para evitar los problemas complicados que pudieran presentarse en el futuro). Pero en el caso del adulterio, existe con seguridad una persona que tiene relación sexual con la mujer.

c) Si la inseminación artificial ha sido realizada con una mujer casada con el consentimiento de su marido, el hijo será suyo como consecuencia de la presunción de paternidad. Pero si falta este consentimiento, el hijo será no matrimonial y no se podrá ejercitar la acción de reclamación para que se declare que es hijo de nadie porque en este caso, normalmente ni esta mujer ni nadie tendrá la oportunidad de saber quién es el dueño del semen, ni tampoco éste podrá saber a quién se ha destinado su semen.

Pero en el caso de adulterio de la mujer, aunque su marido haya consentido, ninguna legislación le exige aceptar la condición de padre del niño. Por tanto, el marido puede siempre impugnar la legitimidad del hijo y éste puede ejercitar también la acción para que se declare que es hijo del padre verdadero.

d) El sentimiento del marido es distinto en ambos casos: en la inseminación artificial, el marido sólo se siente dolido por el hecho de no ser capaz de tener hijos, pero este sentimiento desaparecerá si la relación familiar va bien. Este caso no produce sufrimientos al hijo, lo que sí ocurre en el caso del adulterio; porque en el último caso, el marido se siente humillado por la conducta de su mujer y nunca desea aceptar al niño.

e) En la mayoría de los ordenamientos, se considera que el adulterio de la mujer es una infracción contra los derechos del marido, y éste puede reclamar una indemnización al otro hombre, salvo que haya consentido o participado en esta acción. Pero la inseminación artificial no es una infracción contra el derecho del marido, y por tanto, éste no puede reclamar indemnización ninguna de nadie. Si la inseminación artificial ha sido practica-

da a una mujer sin su consentimiento, en contra de su voluntad, se considera que es una infracción contra el derecho de esta mujer, sobre el propio cuerpo, y ésta puede ejercitar las acciones correspondientes en el sentido más amplio: en la jurisdicción penal, por constituir la conducta antes citada un delito contra la libertad de la persona, y en la civil, con el objeto de reclamar la indemnización correspondiente.

Generalmente el adulterio de la mujer es una conducta indeseable e inmoral, que afectará a la sociedad y a su propia familia. El hijo adulterino será despreciado por la sociedad (especialmente en aquella en que no se haya establecido una ley del divorcio), y no tendrá ninguna oportunidad de convertirse en hijo matrimonial de su verdadero padre por subsiguiente matrimonio de sus progenitores. Si el hijo se presume del marido de su madre y éste no lo impugna, en muchos casos sufrirá malos tratos por parte del presunto padre. Por eso, de todas maneras, el adulterio de la mujer perjudicará siempre al hijo.

Sobre el adulterio de la mujer y el hijo adulterino, existe un problema; ¿se puede utilizar la presunción de la paternidad con este hijo o no?. Vamos a analizar la regulación existente en el derecho comparado y en el derecho español, respectivamente, sobre esta cuestión.

## 8.2. DERECHO COMPARADO

### 8.2.1. Aplicación de la presunción de paternidad

La presunción de que el marido es el padre del hijo nacido durante el matrimonio (10), en el Common Law, se consideraba muy restrictivamente: es decir, la simple declaración de la posibilidad de que el marido no sea el padre del hijo no supone justificación suficiente para desconocer la legitimidad del hijo. Se

---

(10) Banbury Peerage case (1811) 1Sim y St. 153.

necesita demostrar indudablemente, mediante prueba cierta, que el marido no puede ser el padre del hijo (11). Existe una sentencia muy famosa en Nueva Zelanda, la del caso "Ah Chuck V, Needham" (12): de un matrimonio nació un niño con rasgos semejantes a los asiáticos. El marido y la mujer, sin embargo eran europeos. La realidad era que la mujer había tenido relación con un chino en el período de la concepción. El juez falló en la sentencia estimando que la duda sobre la paternidad del marido no podía destruir la presunción de paternidad; si el marido todavía podía tener relación sexual con su mujer en el período de la concepción, debía por tanto aceptar el hijo "aunque la mujer tuviera relación sexual con un hombre, o dos o veinte" (13).

Esta presunción estricta tiene la intención de proteger el beneficio del hijo. Pero en algunos casos puede producir un efecto anormal rechazado por el sentir común de la gente.

En el caso de "Ah Chuck V. Needham", el hijo tenía rasgos muy claramente asiáticos y la gente podía entender con facilidad que había nacido del adulterio cometido por la madre; es decir, la madre era adúltera y el hijo era de otro hombre evidentemente. Pero la presunción legal negaba la verdad y era contraria al sentido común y a la moral. Finalmente esta regla fue derogada.

La sentencia mencionada fue además contraria a la regla científica sobre la transmisión de sangre por utilizarse la regla de los genes, considerados como transmisibles de los ascendientes a sus descendientes. La palabra "parentesco sanguíneo" (blood relationship) se refería a la creencia de que la transmisión se producía a través de la sangre, como se aceptaba en los diversos sistemas jurídicos basados en la consanguinidad (esta palabra ha derivado de la palabra latina "consanguineus"), designando en la antigua Roma a todos los ciudadanos que fueran parientes

---

(11) Watson v. Watson (1954) P. 48.

(12) N.Z.L.R. 559 (1931).

(13) Gordon V. Gordon (1903) PP. 141-142, Per Sir Francis Jennings P.

de un mismo ascendiente. Pero en la actualidad, se entiende que la herencia no tiene nada que ver con la sangre; los ascendientes transmiten las características biológicas a sus descendientes por medio de genes agrupados en los cromosomas de las células nucleicas; tales cromosomas se componen de ácidos nucleicos y proteínas. Por este procedimiento natural se pueden transmitir las características biológicas de los padres a sus descendientes, independientemente de la sangre. En el Derecho Romano, Canónico y "Common Law" se establecen reglas sobre el parentesco sanguíneo, pero ningún sistema jurídico establece normas en las que se consideren los últimos descubrimientos genéticos (14).

Realmente la ciencia genética es una nueva rama de la ciencia biológica que ha existido desde principios del siglo XIX, cuando se descubrió que las características biológicas no se transmiten por medio de la sangre, sino a través de los genes. Pero los sistemas jurídicos continúan aferrados a las teorías antiguas, existentes desde hace más de 6.000 años (proceden de la época babilónica). Ya en los tiempos babilónicos se demostró mediante los experimentos para la selección de razas de caballos, la posibilidad de transmisión de las características biológicas (15); pero los derechos actuales han aceptado la teoría al respecto de dos filósofos griegos; Aristóteles y Pitágoras. Según el último, "la vida humana se origina tras la introducción del semen dentro del cuerpo de la mujer". Posteriormente Aristóteles añadiría: "el semen es la sangre que se ha depurado; por tanto, la sangre es el verdadero artífice de la transmisión de las características biológicas" (16).

El concepto mencionado, profundamente arraigado en el mundo occidental, utilizaba la palabra "sangre" para demostrar el lina-

---

(14) "Consanguinity", *Encyclopaedia Britannica*, 1979, *Macropaedia*, vol. 5, PP. 31-32.

(15) "Genetics", *Encyclopaedia Britannica*, 1979, *Macropaedia*, vol. 7, P. 994.

(16) *Ibidem*.

je (por ejemplo; la sangre real, la sangre azul, etc.).

Verdaderamente, aunque este concepto antiguo no tenía nada que ver con los genes, la transmisión de las características biológicas había sido observada por la sabiduría popular (Folk Knowledge). A consecuencia del avance científico, es de esperar que la sociedad modifique progresivamente sus criterios; ello podría incidir positivamente en el cambio legislativo (17).

En el procedimiento de divorcio por adulterio de la mujer seguido en Inglaterra anteriormente, se consideraba de forma muy restringida la aparición de nuevos hechos probatorios durante el procedimiento, no pudiendo hacerlos valer frente a la tercera persona ni frente al hijo, sino sólo entre las partes en litigio. Existe un caso (18) en el que el tribunal afirmaba que el hijo nacido durante el procedimiento de divorcio (es decir, existiendo aún el matrimonio) era legítimo del marido. El descubrimiento de unas realidades o pruebas nuevas, como hemos dicho, se limitaba a los efectos que pudiera producir entre los litigantes en el pleito, no siendo posible utilizarlo frente a alguna tercera persona ajena al pleito, ni tampoco frente al hijo. En este caso, el marido ejercitó una acción del divorcio alegando que su mujer había cometido adulterio con cierta persona, impugnando la legitimidad del hijo. Durante el procedimiento se descubrió que la mujer había cometido adulterio también con otra tercera persona, y que además ésta era el verdadero padre del hijo. El derecho inglés prohibía al marido alegar esta realidad descubierta frente a dicha tercera persona, con el fin de que ésta aceptase ser padre del hijo, y también se prohibía utilizarla respecto al hijo negando su paternidad. Por lo tanto, el hijo era legítimo del

---

(17) Sasivani, Santad, Master por la Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok (Thailandia), Tesis, "La nulidad del matrimonio", 1980, P. 117.

(18) Caso de Lindsay V. Lindsay, (1934) P. 162; B.V.A.-G., (1965) 1 All E.R. 62; (1965) P. 278; G (S.D.) V.G. (H.H.), (1970) 3 All E.R. 844.

marido conforme a la presunción de paternidad, aunque la mujer hubiera cometido adulterio y el hijo fuera de otro hombre.

Sobre este supuesto, el Código filipino establece en los artículos 256 y 257 lo siguiente:

Artículo 256: El hijo se presume legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera.

Artículo 257: Si la mujer ha cometido adulterio durante, o en un momento cercano al período de la concepción, pero no existía la imposibilidad física para el acceso entre ella y su marido como establece el artículo 255, el hijo se presume desde el principio ilegítimo si aparece como altamente improbable, por razones étnicas, que el hijo sea del marido. En lo tocante a este artículo, no es necesario probar el adulterio de la mujer en causa criminal.

La norma del art. 256 del derecho filipino es igual que la del derogado artículo 109 del derecho español anterior, la presunción de legitimidad del hijo no es absoluta, el marido puede impugnarla mediante una única prueba, la de la imposibilidad física para tener acceso a su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. Posteriormente lo analizaremos detalladamente en la parte del Derecho español.

Conforme al artículo 257 del Código civil filipino, se presume hijo ilegítimo si la madre ha cometido adulterio en el período de la concepción, aunque no haya existido imposibilidad física para el acceso entre ella y su marido respecto al artículo 255, pero sí aparece como altamente improbable, por razones étnicas, que el hijo sea del marido. El Derecho establece esta norma para la justicia y para que coincida con el derecho natural, pues, respecto a la regla general, el marido puede impugnar la presunción de la legitimidad del hijo mediante una única prueba; "la de la imposibilidad física del marido para tener acceso a su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo". Pero en este supues-

to, la mujer ha cometido adulterio en el período de la concepción y el marido ha podido tener acceso a ella en ese período, por lo tanto, si no se presumiera hijo ilegítimo al nacido de esta situación, el marido no tendría ninguna oportunidad de impugnar su paternidad, aunque sea evidente que el hijo no es suyo.

Pero lo esencial de la presunción de la ilegitimidad del hijo conforme a este artículo, podemos apreciarlo en el caso de que "aparece como altamente improbable, por razones étnicas, que el hijo sea del marido", como por ejemplo, es evidente que el hijo no es suyo debido a la diferencia de raza. Pero si no existe dicha improbabilidad, la presunción de ilegitimidad no se aplica, el hijo se presume legítimo de acuerdo con el artículo 255.

Este artículo 257 establece, además, que "no es necesario probar el adulterio de la mujer en causa criminal", por eso, si la mujer ha cometido adulterio aunque no hubiera sido condenada como adúltera ni tampoco existiera la prueba del adulterio en causa criminal, pero si aparece como altamente improbable, por razones étnicas, que el hijo sea del marido, éste se presume desde el principio ilegítimo.

#### 8.2.2. Prueba contraria a la presunción de paternidad

En el derecho comparado, se permite la prueba contraria a la legitimidad del hijo. El Derecho de algunos países permite varios tipos de prueba (como en el caso del derecho alemán, suizo, coreano y japonés) (19). Los sistemas de estos países no esta-

---

(19) Cc. Alemán art. 1591 ap.1, prop. 2ª:

El hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido.

Cc. Suizo art. 254:

El marido no puede desconocer al hijo nacido al menos ciento ochenta días después del matrimonio más que "si prueba que no podría ser el padre".

Cc. Coreano art. 846:



blecen expresamente la prueba de haber cometido adulterio la mujer dentro del período de la concepción, pero se puede probar ilimitadamente que el marido no es el padre del hijo. Por lo tanto, esta prueba demuestra tácitamente el adulterio cometido por la mujer.

En el derecho de otros países, (francés, italiano, portugués, chino, filipino y thailandés), se permite la prueba limitada de la impugnación y se establece expresamente la prueba del adulterio cometido por la mujer en el período legal de la concepción.

El derecho francés acepta la prueba del adulterio de la mujer y la establece en el artículo 313: "... el marido no puede impugnar la legitimidad del hijo aún en el caso de que la mujer haya cometido adulterio, salvo que el nacimiento del hijo sea ocultado; en este caso, se permite al marido aportar cualquier prueba para demostrar que no es padre del hijo".

El derecho italiano (art. 235) permite al marido el desconocimiento del hijo concebido durante el matrimonio sólo en los siguientes casos:

1. Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los trescientos y ciento ochenta días anteriores al nacimiento.

2. Por causa de impotencia, aunque sólo fuese "generandi".

3. Si en el período de concepción, la mujer ha cometido adulterio y ocultó al marido el embarazo y nacimiento del hijo.

El marido puede probar cualquiera de estos casos para impugnar la legitimidad del hijo.

También el derecho portugués permite al marido impugnar la

En el caso mencionado en el artículo 844, el marido puede negar que él es padre natural del hijo.

Cc. Japonés art. 774:

En el caso mencionado en el artículo 772, el marido puede negar que el hijo es legítimo.

paternidad a través de la prueba limitada. El marido puede probar alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 1817, incluso el hecho de haber cometido adulterio la mujer dentro del período de la concepción y haber ocultado al marido el embarazo y el nacimiento del hijo.

Podemos ver que los derechos francés, italiano y portugués, normalmente, no permiten al marido impugnar su paternidad en el caso de haber cometido adulterio la mujer dentro del período legal de la concepción, sino sólo en el caso de haberse ocultado además al marido el embarazo y el nacimiento del hijo. Por lo tanto, si la mujer ha cometido adulterio durante el matrimonio, pero no ha ocultado al marido el embarazo ni tampoco el nacimiento del hijo, aquél no podrá aportar ningún medio de prueba para impugnar la legitimidad del hijo.

En el derecho de los Estados que permiten al marido impugnar la paternidad, incluida la prueba del adulterio cometido por la mujer, se tiene en consideración el vínculo entre el hijo y el padre verdadero. El hijo puede ser hijo legítimo del padre natural después de la impugnación del marido.

#### 8.2.3. Legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio

El hijo nacido del adulterio puede obtener el beneficio de la presunción "*Pater est quem nuptiae demonstrant*", es decir, presumiéndose hijo del marido. En el caso de la disolución de este matrimonio, si el padre natural se casa, con la madre del hijo posteriormente, dicho hijo podrá ser legitimado conforme a la regla que establece la legitimidad por subsiguiente matrimonio de los padres ("*legitimatio per subsequens matrimonium*"). Pero dado que el adulterio de la mujer era la causa del divorcio, el hijo nacido de ese adulterio no podía ser considerado hijo legítimo de ese matrimonio putativo ("*putative marriage*") (20).

---

(20) Dr. Spiro, "Law of Parent and Child", 3rd. Edition., Juta y CO., Ltd., Capetown, 1971, P. 417.

En los derechos francés e italiano, se presumen hijos del marido los concebidos durante el matrimonio (21). El hijo nacido del adulterio cometido durante el matrimonio es hijo del marido a causa de la presunción citada. En el caso de la disolución del matrimonio, si el padre verdadero contrae matrimonio con la madre posteriormente, el derecho francés acepta la legitimación por subsiguiente matrimonio (22). El hijo nacido del adulterio no podrá ser considerado como hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres, excepto en estos casos: (23)

1. El hijo nacido de hombre casado puede ser hijo legítimo si este hombre se casa con la madre del hijo posteriormente.

2. El hijo nacido de mujer casada puede ser hijo legítimo si esta mujer se casa con el padre del hijo posteriormente, siempre que concorra alguna de estas circunstancias:

2.1. El marido anterior de la mujer o sus herederos impugnan la legitimidad del hijo.

2.2. No se impugna la legitimidad del hijo, pero se le presume hijo concebido por la madre fuera de la época de convivencia con su marido.

Por eso, el derecho francés acepta la legitimación por subsiguiente matrimonio en el caso del hijo nacido del adulterio, pero teniendo en cuenta los requisitos mencionados.

---

(21) Cc. Francés art. 312, prop. 1ª:

"El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido".

Cc. Italiano art. 231:

"El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio".

(22) Cc. Francés art. 331. ap.1:

"El hijo no matrimonial que no haya nacido de adulterio, puede ser considerado hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus progenitores, con reconocimiento legal antes o en el momento del matrimonio.

(23) Cc. francés, art. 331, ap.2.

Personalmente, creemos que el derecho francés hace bien en establecer tales requisitos, porque si el marido anterior de la mujer no impugnase la legitimidad del hijo, éste se consideraría como legítimo suyo por el efecto de la presunción de paternidad (art. 312); y, si posteriormente el padre verdadero contrajese matrimonio con la madre, el hijo podría serlo verdadero del padre por el efecto del subsiguiente matrimonio; esto nos llevaría a considerarlo como legítimo de los dos padres, lo que es imposible. El derecho francés establece, por tanto, que este hijo puede serlo del padre verdadero, por subsiguiente matrimonio, sólo cuando el marido anterior o sus herederos ya han impugnado su legitimidad.

Respecto al otro requisito, nos parece que también es lógico, porque aunque no se impugne la legitimidad, si se acepta que durante la concepción la mujer no ha cohabitado con su marido, se puede considerar que el hijo nacido del adulterio es del padre natural, teniéndose también en cuenta el subsiguiente matrimonio.

El Derecho Chino (Taiwan) prohíbe casarse a la persona que, por motivo de adulterio, haya obtenido el divorcio o haya sido sentenciada en causa criminal y la persona con la que se cometió adulterio (24), por lo tanto, el hijo nacido del adulterio en este caso no puede ser hijo del padre natural por subsiguiente matrimonio. Pero conforme a este artículo, entendemos que se prohibe casarse a las dos partes del adulterio sólo en el caso de que el divorcio haya existido judicialmente o una parte haya sido sentenciada en causa criminal; si el divorcio existe mediante mutuo consentimiento, creemos que esta norma no se aplica y por tanto, la persona que haya obtenido el divorcio mediante mutuo consentimiento, aunque sea por motivo de adulterio, puede casarse con la otra parte del adulterio y en este caso, el hijo nacido del adulterio puede ser considerado legítimo de su verdadero

---

(24) Cc. Chino art. 986.

padre de acuerdo con el artículo 1064 (25).

En este caso, el Derecho permite al cónyuge anterior solicitar al juez que se anule el matrimonio, pero dicha anulación no puede ser realizada si ha transcurrido un año después de ese matrimonio (26). Por eso, la prohibición mencionada en este artículo no es absoluta; cuando haya transcurrido un año a partir del matrimonio, nadie puede pedir la anulación, el hijo nacido del adulterio será legítimo de su padre natural por subsiguiente matrimonio de sus progenitores.

#### 8.2.4. Hijo nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo

En el caso de que el hijo haya nacido de la relación entre uno de los cónyuges del matrimonio nulo y una tercera persona, antes de la declaración de nulidad del matrimonio (es decir, ha nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo), en algunos trabajos doctrinales (27) se opina que este hijo no es hijo nacido del adulterio cometido durante ese matrimonio, porque el matrimonio nulo ya no se considera como un matrimonio legal (ésta era la regla del sistema de derecho romano).

El "Common Law" consideraba que el matrimonio nulo no exis-

---

(25) Cc. Chino art. 1064:

El hijo nacido fuera del matrimonio cuyos padre y madre han contraído matrimonio entre sí, es considerado hijo legítimo.

(26) Cc. Chino. art. 993:

Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo el precepto del artículo 986, el cónyuge anterior puede pedir al juez que se declare la anulación; pero dicha anulación no puede ser realizada cuando haya transcurrido un año después de la conclusión del matrimonio.

(27) Dr. Spiro "Law of Parent and Child", 3rd. Edition, Juta y Co. Ltd., Capetown, 1971, P. 417.

tía real ni legalmente. El hijo nacido de ese matrimonio tenía que ser hijo no matrimonial. Por lo tanto, si la madre había cometido adulterio durante el matrimonio nulo, el hijo, no podía ser considerado adulterino porque no existía auténtico matrimonio, es decir, era hijo no matrimonial. Esta regla existe también en el derecho coreano (28). Pero a pesar de esta regla, en dicho sistema jurídico se aceptaba la legitimidad del hijo nacido del matrimonio nulo (Putative Marriage) cuando uno o ambos cónyuges no supieran de la invalidez de ese matrimonio (29). Y el hijo nacido del adulterio cometido por la madre durante dicho matrimonio se consideraba hijo del marido por la presunción de paternidad.

Así pues, en el "Common Law" se aceptaba la regla de la legitimidad del hijo nacido del matrimonio nulo, según lo establecido en el artículo 2 de la "Legitimacy Act of 1959":

"... Se trata al hijo nacido del matrimonio nulo antes o después de regir esta disposición igual que al hijo legítimo de los padres si uno o ambos de los cónyuges creen razonablemente que el matrimonio es válido en el momento de tener relación sexual que va a tener como consecuencia el nacimiento del hijo (o en el momento de la celebración del matrimonio si ésta tiene lugar posteriormente).

Esta disposición se establecía para favorecer al hijo nacido, por ejemplo, del matrimonio prohibido entre los parientes que sea nulo ("Putative Marriage"); en este caso, después de la declaración de nulidad del matrimonio, éste cesaba inmediatamente; pero el hijo nacido del matrimonio putativo era considerado

---

(28) Cc. Coreano art. 855 (1):

El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido por su padre o su madre. Cuando el matrimonio de los padres deviene nulo, el hijo nacido de ellos será considerado hijo nacido fuera del matrimonio.

(29) Bromley, P.M., "Family Law", Second Edition, London, Butterworths, 1962, P. 288.

legítimo del padre (padre putativo) y de la madre, cuando uno o ambos de los cónyuges se casaron de buena fe por la creencia de que ese matrimonio era válido. Por lo tanto, en la "Common Law", el hijo nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo (antes de la declaración de nulidad), lo es del marido, conforme a la presunción de paternidad. El marido tiene la obligación de impugnar la legitimidad si el hijo no es realmente suyo.

En el derecho alemán, se considera como hijo del marido al nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo, como se establece en el artículo 1591 ap.1:

"Se presume hijo legítimo al que ha nacido después de la celebración del matrimonio, si ha sido concebido antes o durante ese matrimonio y el marido vive junto a su mujer en el período de la concepción. Rige esta disposición también en el caso de que el matrimonio sea declarado imperfecto. El hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido".

El Derecho Alemán presume hijo del marido al que ha nacido después de la celebración del matrimonio, aunque éste sea nulo. El hijo nacido del adulterio durante el matrimonio es hijo del marido siempre, sea nulo o válido dicho matrimonio.

El Derecho Filipino (30) considera como hijo natural reconocido al nacido del adulterio cometido durante el matrimonio

---

(30) Cc. filipino art. 89:

El hijo concebido o nacido del matrimonio nulo desde el principio, tendrá el mismo estado, derechos y obligaciones que el hijo natural reconocido, y es llamado hijo natural por ficción legal.

El hijo concebido del matrimonio anulable antes de la declaración de anulación será considerado legítimo; el hijo concebido después tendrá el estado, derechos y obligaciones correspondientes al hijo natural reconocido, y también será denominado hijo natural por ficción legal.

nulo y se considera como hijo legítimo del marido al concebido del adulterio durante el matrimonio anulable antes de la declaración de anulación, y como hijo natural reconocido si ha sido concebido después de la declaración de la misma.

#### 8.2.5. Adulterio cometido durante la ausencia de un cónyuge

En el caso de que el marido está ausente, si la mujer tiene relaciones íntimas con otro hombre ¿se puede decir que esta mujer ha cometido adulterio? y ¿existirá o no un problema sobre el hijo nacido durante este período?.

En materia de ausencia, el derecho inglés regula específicamente el caso de que la mujer haya contraído el nuevo matrimonio después de la ausencia de su cónyuge. El sistema inglés acepta el matrimonio posterior contraído de buena fe, evitando dicha buena fe que tal matrimonio se considere delito (31), si el cónyuge anterior estaba ausente desde siete años antes de que el otro cónyuge contrajera el nuevo matrimonio sin conocer la existencia de aquél en ese período (32), o si el cónyuge no ausente ha contraído este matrimonio después de creer de buena fe -mediante unas pruebas suficientes y razonables- que el cónyuge anterior estaba muerto, cuando realmente está vivo (33). Pero si el ausente reaparece, sólo él será considerado auténtico cónyuge y el nuevo matrimonio se disolverá.

Conforme a lo dicho, el derecho inglés acepta el nuevo matrimonio si éste ha sido contraído de buena fe. Pero si la mujer tiene relaciones sexuales con otro hombre, sin casarse, durante la ausencia de su cónyuge, esta acción se considera adulterio, por considerarse que el matrimonio no se disuelve por la ausencia, y por lo tanto, subsiste aún; especialmente si el ausente

---

(31) "Offences against the Person Act", 1861, s. 57.

(32) Grant, H. Brian, "Family Law", 3rd edition, London: Sweet and Maxwell, 1977, P. 11.

(33) Grant, H. Brian, "obra citada", P. 10.



hace acto de presencia, ya que es todavía marido del otro cónyuge. El hijo nacido de este adulterio lo será del marido, por la presunción de la paternidad, aunque se vea expresamente que no lo es; por supuesto, el marido podrá impugnarlo.

Pero si la mujer pide al juez que se declare que el cónyuge ausente ha fallecido, aportando pruebas razonables y creíbles de la muerte, y el juez emite tal declaración, el matrimonio se considerará disuelto; y si la mujer tiene acceso en adelante con cualquier hombre, no puede decirse que ella haya cometido adulterio, y el hijo nacido será hijo no matrimonial.

El derecho del estado de Nueva York considera que la persona condenada a la pena de encarcelamiento de por vida, o de muerte conmutada por el encarcelamiento de por vida está muerta civilmente, y el otro cónyuge podrá contraer el nuevo matrimonio, por estimarse que el anterior está disuelto (34). En este caso, si la mujer no contrae nuevo matrimonio pero tiene relaciones íntimas con otro hombre, no existe adulterio por considerarse que el matrimonio ha sido disuelto, y el hijo nacido de esta relación será no matrimonial y podrá convertirse en hijo de su padre verdadero mediante diversos procedimientos; como, por ejemplo, el reconocimiento o el subsiguiente matrimonio de sus padres.

#### 8.2.6. El adulterio de la mujer en el derecho tailandés

En el derecho tailandés antiguo, el adulterio de la mujer era un grave delito, siendo castigado fuertemente ambos culpables (la mujer adúltera y el otro hombre). En la antigüedad se permitía a los hombres tener más de una mujer, dividiéndose éstas en tres clases:

- 1) Aquella que los padres habían entregado al hombre.

- 2) La que el hombre había tomado manteniéndola como su mujer, pero con menos importancia que ésta.

---

(34) Sheed, F.J., "Nullity of Marriage", New Edition-Revised, and Enlarge, London: Sheed and Ward, Inc; 1959, P. 49.

3) La pobre que era ayudada por el hombre, que la mantenía como su mujer.

El que tenía relación sexual con la mujer casada era castigado con una pena distinta según la clase de mujer con que hubiese cometido adulterio (la pena era la multa). Si el adulterio había sido realizado con la primera clase, el hombre recibía una pena más fuerte que si lo cometía con la segunda o la tercera, respectivamente, porque el derecho tenía en consideración la distinta importancia y valor de las mujeres según su clase. En cuanto a la mujer, también era castigada poniendo en su cara un bambú retorcido y colgando dos "hibiscus" (flores rojas, características de Thailandia) en ambas orejas; asimismo, gran cantidad de "hibiscus" eran colocadas sobre su cráneo, formando un círculo. De esta manera era públicamente expuesta durante tres días.

Si la mujer cometía adulterio por segunda vez con el mismo hombre, era castigada en la misma pena que la primera aumentando la multa del hombre.

Pero si la mujer había cometido el segundo adulterio con un hombre distinto, éste era castigado sin tanta severidad (tan sólo la menor de las multas) por considerarse que esta mujer valía menos; por el contrario, ella era castigada con una pena más fuerte.

Si esta misma mujer había cometido el tercer adulterio con distinto hombre, éste no había de pagar multa, por considerarse que la mujer era una prostituta y no tenía ningún valor. La mujer era castigada con la misma pena que la segunda vez, pero aumentando su gravedad. En cuanto al marido si no deseaba que fuera castigada, también era castigado a su vez (35).

---

(35) El Código de primera Soberanía, 1804, El derecho de tres señales, libro dos, "El derecho del marido y la mujer", 2ª edición, Organización Comercial de Asociación del Profesor. "Suksaphanphanich", Bangkok, Thailandia, 1972, PP. 206-207. "Se dividieron las mujeres en tres clases: 1) La que los padres la habían entregado al hombre; 2) La que el hombre

En el caso de que la mujer casada hubiese cometido adulterio en el mismo día con dos o más hombres, éstos no eran sancionados con multa ninguna, porque se consideraba que esta mujer no tenía valor, equiparándola en este caso a una prostituta, y recibiendo una grave pena. Sobre los hombres aunque no hubieran sido multados, también recaía un castigo (36).

---

había traído, manteniéndola como su mujer; 3) la pobre ayudada por el hombre, manteniéndola como su mujer se llamaba "mujer esclava".

El que tenía relación sexual con las tres clases de mujeres, era castigado con la pena de la multa principal, cuatro quintos y tres quintos, respectivamente.

En cuanto a la mujer, era castigada poniendo en su cara el bambú retorcido, dos "hibiscus" rojas en las dos orejas y una corona redonda hecha de la misma flor en la cabeza, siendo condenada públicamente durante tres días. Si el marido no deseaba que fuese condenada públicamente, la multa se pagaba al Estado.

Si esta mujer había cometido dos veces el adulterio con el mismo hombre, éste era doblemente multado; si ambos adulterios habían sido cometidos con distintos hombres tan solo se imponía la multa más leve; en cuanto a la mujer, se le afeitaba todo su pelo y era condenada públicamente, dándosele varias vueltas alrededor del mercado y azotándosela con un látigo veinte veces, (si el marido se oponía a que la castigaran, la multa pertenecía al Estado). Si esta mujer todavía había cometido el adulterio con un tercero, éste no era castigado, pero la mujer recibió la misma pena que antes con mayor gravedad, pues se le tatuaban ambas mejillas con dibujos de los órganos sexuales masculinos y femeninos; si el marido se oponía a este tipo de castigo, se le tatuaba el cutis también.

(36) Obra citada, PP. 210-211, artículo 7: La que había cometido el adulterio con dos o más hombres en el mismo día, se consideraba que era una prostituta y se prohibía sancionar con

En los casos mencionados, si el marido había marchado a combatir a la guerra o a desempeñar algún tipo de trabajo o servicio oficial y la mujer había cometido mientras tanto el adulterio, el hombre era castigado aumentando la multa (37), por considerarse que constituía una agravación del delito haber aprovechado la oportunidad mientras el marido realizaba un servicio en beneficio del Estado.

El antiguo derecho thailandés sancionaba fuertemente al adulterio de la mujer, que no sólo se consideraba como un pecado contra la religión, sino también como un delito siendo castigados los adúlteros en ambas jurisdicciones: civil y penal. El marido no sólo podía reclamar la indemnización del otro hombre, sino también, sorprendentemente, matar a éste junto con su esposa, sin cometer ningún delito, si se demostraba que dió muerte a ambos al sorprenderles durante la relación sexual (38). El derecho establecía así una excepción muy especial, al permitirse al marido matar a otro hombre sin castigo; pero tenía que matar también a su mujer. De esta manera, dicha disposición concedía justicia a todas las partes, porque si se hubiera permitido matar sólo

---

ninguna multa a estos hombres. En cuanto a la mujer, debía sufrir en la cara dibujos de forma reticulada, realizados con cal, y posteriormente se le colocaba una corona redonda hecha de flores "hibiscus" en la cabeza; puesta en un trípode, era condenada públicamente. Los hombres con los ojos cerrados, habían de sentarse debajo del trípode, siendo también sometidos a condena pública durante tres días.

- (37) Obra citada, P. 208, el artículo 3: Si un hombre fue a la guerra o a realizar un trabajo oficial, cometiendo su mujer mientras tanto el adulterio, el otro hombre sería castigado con una multa doble.
- (38) Obra citada, P. 211, el artículo 8: Si la mujer había cometido el adulterio y el marido les encontró mientras estaban realizando el acto sexual, y quisiera matar al hombre, tendría que matar también a su mujer, pero si sólo matase a ésta, el marido tenía que pagar una multa.

al otro hombre, la norma hubiera sido utilizada por muchos hombres para cometer impunemente asesinatos, alegando posteriormente, de acuerdo con su mujer, que este hombre tenía relación sexual con ella.

En el supuesto mencionado, si el marido hubiera matado sólo al hombre y realmente éste tenía relación sexual con su mujer, se prohibía castigar al marido en el caso de que éste tuviera la intención de matar también a su mujer, habiéndosele escapado ésta (39).

En el caso citado, el marido había matado a ambos por haberles encontrado realizando el acto sexual; pero si hubiera matado al hombre alegando posteriormente que éste tenía relaciones con su mujer aunque él no les había visto en esta situación, resultando verdad que el muerto tenía relaciones íntimas con la mujer, el marido no habría cometido delito al matar a otra persona, siendo sólo castigado con una multa por estimarse que existían circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal. Pero si el muerto no tuviera esta relación con la mujer, el marido sería castigado con la pena de muerte por matar a otra persona intencionalmente (40) (en este caso, está claro que el marido no tenía la intención de matar a su mujer).

Hemos visto que si el marido mataba a ambos, no era castigado, y en caso de serlo, tal castigo era muy inferior al habitual. En el caso contrario (es decir, si el otro hombre hubiera matado al marido), ambos, este hombre y la mujer, habrían sido castigados con la pena de muerte (41), por considerarse que la pena máxi-

---

(39) El Código de primera Soberanía, "obra citada", P. 211, art. 9.

(40) El Código de primera Soberanía, "obra citada", P. 212, art. 12.

(41) Obra citada, P. 214, el artículo 16: La mujer había cometido el adulterio y el otro hombre había matado al marido; ambos eran castigados con la pena de muerte. Si el marido sólo había resultado herido, aquél era castigado con doble multa y además había de pagar las correspondientes indemnizaciones; en cuanto a la mujer, tenía que ser condenada públicamente.

ma era la más adecuada para su doble delito (es decir, el adulterio y muerte del marido).

El derecho antiguo thailandés, como hemos dicho con anterioridad, castigada fuertemente al adulterio de la mujer. Además de los supuestos mencionados, podemos ver otra disposición sobre el caso de la mujer que tenía relación con otro hombre en el momento de la muerte del marido, cuando su cadáver todavía estaba en la casa; en este caso, la mujer era castigada fuertemente y el otro hombre sufría la multa establecida en el artículo 30. En este supuesto, realmente no podía decirse que la mujer había cometido el adulterio (pues su marido ya había muerto y el matrimonio había sido disuelto), pero ambos eran castigados por considerarse que no guardaron el debido respeto hacia el marido mientras estaba todavía el cadáver en la casa. Pero si ya lo hubiera incinerado o enterrado, si esta mujer hubiera tenido relación íntima con cualquier hombre, no habría cometido delito.

El derecho castigaba también con multa al amante, aunque no tuviera relación sexual con la mujer, sino sólo una simple relación de contactos; por ejemplo, entrar a buscar a la mujer en su dormitorio o hablar escondidamente con ella, etc... (artículo 2).

El ordenamiento thailandés no sólo castigaba a la mujer y a su amante, sino también a la persona que actuara como celestina y al cómplice de este adulterio (artículo 4). Sin embargo, no se establecía nada sobre la presunción de la paternidad, y por lo tanto, podían existir muchos problemas sobre el hijo nacido de esta relación; especialmente, el problema de que éste fuera hijo del marido o del amante, debido a que estos hijos eran despreciados por la sociedad. Existía una disposición interesante sobre el hijo adulterino, el Código thailandés establecía la norma excepcional de no castigar a la mujer ni tampoco a su amante si tuvieron tres o más hijos, aceptándose incluso que ambos eran esposos legales, como lo establecía el artículo 20 del mismo Código:

"La mujer casada que hubiera tenido hijos con su marido y

hubiera huido de él a cualquier lugar, viviendo luego con otro hombre, y tenga o no hijos con éste, ambos serán castigados con la pena de multa mayor. Si esa mujer no hubiera tenido hijos con el primer marido y tenía uno o dos hijos con el otro hombre, ambos serán castigados con la pena de multa primaria. Si tuviera tres o más hijos con el otro, no se les podrá castigar. Si el primer marido ha dado a su esposa bienes propios (según costumbre en Thailandia, el marido entrega bienes o dinero en el momento de casarse), la mujer tendrá que devolver todo lo entregado al marido, siendo legítimamente considerada esposa del otro hombre".

Conforme a este artículo, lo esencial es el hecho de que esa mujer era considerada adúltera; por lo tanto, ambos debían ser castigados con la pena de multa, cuyo importe se le entregaba al marido. Pero si la mujer tenía uno o dos hijos con el otro hombre, la multa era menor, y si tenía tres o más hijos, no podían ser castigados. Además, el derecho aceptaba que la convivencia con el otro hombre se considerara como un matrimonio legal, sólo condicionado a que la mujer devolviera los bienes al primer marido.

Se puede considerar que la presencia de hijos era el elemento esencial para situar jurídicamente la relación adulterina, convirtiéndola en matrimonial.

En el supuesto de que no hubiera tenido hijos con el marido pero tuviera tres hijos con el otro hombre, si el derecho exigiera a la mujer convivir con el marido, se destruiría una familia compuesta por cinco miembros únicamente para favorecer al primer marido; y esto, aunque fuera legal, el legislador consideró que no estaba de acuerdo con la ley natural, por lo tanto, el derecho consideraba como matrimonio válido la convivencia de la mujer con el otro hombre.

Se puede considerar que si la mujer no había tenido hijos con el hombre con el que convivía, los dos habían cometido simplemente adulterio, y cuando tenían uno o dos hijos, ellos todavía eran considerados adúlteros aunque fueran castigados con menor

severidad; pero si tenían tres hijos, el derecho establecía la presunción de haberse realizado una convivencia larga (tres años como mínimo). Así el derecho creaba una figura similar a la prescripción para poner fin a la validez del primer matrimonio.

Si ellos tenían sólo uno o dos hijos, en todo caso la mujer no tenía que volver a vivir con el primer marido después de serle impuesta la multa, y podía quedarse con el segundo marido y sus hijos. Así lo afirmaba una sentencia de T.S. número 15/118 (42) en la que se dictó que "una vez que el marido ya había demandado al otro hombre y éste había recibido ya la multa, no podía obligar a la mujer para que se quedase con él".

Un supuesto interesante de este artículo se planteaba si esta mujer tenía hijos -aunque fuera sólo uno- con el primer marido, y convivía con el otro; tuviera o no hijos, ambos habían cometido el adulterio, y este artículo no les salvaba de la pena; por tanto, aunque tuvieran tres o más hijos, se consideraba existente el adulterio. El ordenamiento protegía los derechos del marido cuando tenía hijos, pues éstos eran un elemento esencial para conservar la estabilidad del matrimonio. En este caso, la mujer y su amante, aunque tuvieran hijos, serían castigados, y aquélla seguiría unida legalmente a su marido.

En el derecho thailandés actual, la pena que se imponía a ambos según las antiguas leyes ha desaparecido, y el adulterio de la mujer sólo es una conducta inmoral, no un delito. Pero el ordenamiento jurídico todavía protege al marido si éste ha matado a su mujer y al amante mientras están realizando el coito. El marido, en este caso, no comete ningún delito por considerarse que se trata de una defensa de su derecho según el artículo 68 (43) del Código penal thailandés. El derecho penal no establece

---

(42) Sian, "El derecho del marido y la mujer", Imprenta Panichsupapol, Bangkok, 1913, P. 28.

(43) Artículo 68 del Código penal thailandés: "Si alguien ha cometido algún acto para defender su derecho o el de otra persona, evitándose el peligro surgido de la violación de la ley cuan-



expresamente una norma para salvar al marido en este caso, como lo establecía en el derogado artículo 8, pero el Tribunal Supremo ha interpretado este artículo 68 para defender al marido, como puede apreciarse claramente en una sentencia ejemplar del T.S. número 1466/1913: En este caso, el acusado mató a un hombre mientras estaba realizando el acto sexual con su mujer. El juez de Primera Instancia dictó que el acusado fue culpable de matar a otra persona intencionalmente. Posteriormente, el Tribunal de la Audiencia y el Tribunal Supremo estimaron que en este caso tenía que considerarse el derogado artículo 50 del antiguo derecho penal (artículo 68, en el Código penal actual) en el que se decía "El que ha cometido algún acto para evitar un peligro contra la vida, dignidad o propiedad suyas o de otra persona, siendo dicho acto razonable, no será castigado". En este caso, debían tenerse en cuenta varios problemas: ¿era la causa suficiente o no?, ¿se trataba de evitar el peligro o no? y ¿el acto cometido era proporcionado al peligro que se corría?.

Los dos Tribunales consideraron que en el supuesto de encontrar el acusado a la víctima realizando el acto sexual con su mujer constituía causa suficiente, ya que al haber surgido repentinamente ante los ojos del marido, le obligó sin más reflexiones a defender su dignidad y también la de su mujer; además, el acto cometido por el acusado era razonable, por eso, podía exigir el derogado artículo 50 del antiguo derecho penal, para este caso, la ausencia de castigo para el marido.

Respecto a esta sentencia, los Tribunales consideraron que el marido no era culpable a pesar de haber dado muerte sólo al amante, y esta sentencia estableció una solución diferente que la contenida en la disposición derogada, que exigía al marido matar también a su esposa.

Esta sentencia mencionada, pues, se refería al caso de que

---

do dicho peligro es inminente, el acto mencionado que haya sido cometido razonablemente bajo estas circunstancias se considerará legítima defensa y esta persona no será culpable".

el marido matase al amante de su mujer inmediatamente, en el mismo momento en que lo encontró; es decir, en plena cópula. En ella se consideraba que el marido no era responsable de ningún delito, por que había defendido su dignidad razonablemente. Pero si consideramos el caso de no matarles inmediatamente, cuando les encuentra en el acto del coito, sino después, el marido habrá cometido un delito, pudiendo ser castigado con menor severidad, como vemos en la sentencia del T.S. 1390/1950: En este caso, el acusado mató a su mujer después de que la encontrase con su amante y éste se escapó. El juez de Primera Instancia y el Tribunal de la Audiencia consideraron que el acto del acusado fue una defensa razonable de su dignidad y rechazaron la acusación.

El Tribunal Supremo consideró que dicho acto cometido por el acusado no se podía decir que fuera una defensa de la dignidad, porque la mala acción cometida por la mujer ya había pasado antes de que el acusado la matase; tampoco existió una defensa de su vida, porque nadie le atacó ni tampoco nadie iba a atacarle. El acusado, por lo tanto, no tenía ninguna necesidad de cometer algún acto para evitar el peligro, motivo por el cual no podía aplicarse el beneficio del derogado artículo 50 del antiguo derecho penal (el artículo 68 del Código penal actual) para este caso: el acusado había cometido un delito de asesinato.

Pero se había cometido dicho delito por ser el autor maltratado gravemente, injustamente, y en el momento de enfadarse; por tanto, podía decirse que el acto cometido mediante provocación y existiendo enfado justificado era castigado con menos severidad (44).

Sobre este caso, en el sumario siguiente a la sentencia se afirmaba que "en este caso, el acusado mató a su mujer por come-

---

(44) Artículo 72 del Código penal thailandés: "Al que se enfada por ser maltratado gravemente con causa injusta, y ha cometido delito contra la persona maltratada en ese momento, el juez podrá infligirle una pena inferior a la dispuesta por la Ley para este delito".

ter adulterio". En esa época, mucha gente dudaba sobre si este acto (matar a la propia mujer) constituía defensa legal conforme al derogado artículo 50 del antiguo derecho penal, o no. Las sentencias anteriores, inspiradas en el derecho antiguo, consideraban que el adulterio ponía en peligro la dignidad, y por lo tanto, si el marido mataba al amante o a la mujer o a ambos, durante el acto de la cópula, habría existido una defensa razonable según el artículo 50. Para considerar si el acto tenía o no el carácter de defensa habían de considerarse las cuatro reglas siguientes: (1) debía existir un peligro contra la ley, (2) este peligro tenía que ocurrir en ese momento, (3) el acto debía ser necesario para la defensa, y (4) se cometió razonablemente. Sobre la primera regla, había una discusión sobre si el hecho de realizar el acto sexual con la mujer de otra persona debía ser considerado peligro contra la ley o no, dado que la mujer se acostaba con otro hombre voluntariamente; también resultaba dudoso si podía considerarse que esta relación sexual ponía en peligro la dignidad del marido (pues éste no realizaba ningún comportamiento inmoral, sino que era la mujer la que lo hacía). Algún autor opinó que para considerarse si existe un peligro para la dignidad o no hay que ver el sentimiento y el pensamiento de cada tiempo. La dignidad fue un valor desde el punto de vista moral, influyendo en las relaciones que una persona tenía con otras personas, y el adulterio de la mujer, en Tailandia, se consideraba que era un perjuicio contra la dignidad del marido. Aunque esta sentencia no lo decía directamente, tácitamente cabía interpretar también que lo consideraba además un peligro contra la ley. Sobre la segunda regla, ¿se presentó el peligro en ese momento, o no?. El Tribunal Supremo consideró que el acusado mató a su mujer después de haber pasado ya el mal comportamiento de ella (es decir, que no la mató mientras yacía con su amante). En este caso se presentaba un nuevo problema: aunque la mató en este momento, ¿cómo podía considerarse que el peligro se presentó entonces, si la mujer ya había perdido su virginidad con otro hombre?. Pues, si se consideraba que había perdido la dignidad ya anteriormente, ningún peligro justificaba la reacción del marido, puesto que lo que se trataba

de defender ya no existía. Sin embargo, esta sentencia podía hacer pensar tácitamente que si la hubiera matado mientras estaba yaciendo con otro hombre, el peligro se consideraría que se había presentado en ese momento. Pero en este caso, el marido la mató después; por lo tanto, no fue una defensa legal.

Según el derecho civil thailandés actual, el adulterio de la mujer casada sólo es una causa de divorcio, conforme al artículo 1516 (1). Pero el gran problema es del hijo nacido durante el adulterio, pues el derecho no le presume, en este caso, hijo del marido o del otro hombre. Normalmente se sigue la presunción de paternidad general, según la cual el hijo es presumido del marido. Pero éste puede impugnar su paternidad probando que no es su hijo, conforme a los artículos 1539 y 1540 del Código civil (45) en que se permite la prueba de impugnación de paternidad limitadamente (como en los derechos francés, italiano y portugués) pero no se establece nada sobre la prueba del adulterio cometido por la mujer. Esta prueba sólo puede ser aportada por el marido en el caso de divorcio (46).

(45) Cc. thailandés, art. 1539, ap.1: "El marido o el que era marido podrá impugnar la legitimidad del hijo mencionado en el artículo 1536 mediante la acción de impugnación de la paternidad frente al hijo y la madre conjuntamente, y podrá probar que no vive con su mujer en el período de concepción, es decir, entre los ciento ochenta días hasta los trescientos diez días antes del nacimiento del hijo, o que no puede ser padre del hijo por otra causa". Artículo 1540: "En el caso mencionado en el artículo 1539, si el marido, o el que era el marido, puede probar que el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días después del matrimonio, no necesita probar otra cosa para impugnar la legitimidad". Lo establecido en el párrafo anterior no regirá, si el marido o el que era el marido tiene relación sexual con la madre del hijo en el período de concepción establecido en el artículo 1539.

(46) Cc. thailandés art. 1516: "Son causas de divorcio:

(1) El marido mantiene o alaba a otra mujer como si fuera la suya, o la mujer ha cometido adulterio".

etc...

El hijo impugnado será hijo no matrimonial, pudiendo ejercitar la acción de reclamación para que se declare que es hijo del padre verdadero. Sobre el ejercicio de las dos acciones mencionadas, podemos citar como ejemplo una sentencia del T.S. número 1048/1949:

En esta sentencia, una mujer casada impugnó la paternidad, tratando de probar que su hijo había nacido como fruto de su relación con un hombre que no era su marido.

El juez de Primera Instancia opinaba que en este caso existía una relación inmoral y rechazable. Pero el Tribunal de la Audiencia y el Tribunal Supremo declararon que este hijo era del otro hombre, estimando además que "el hecho era inmoral en lo que se refiere a la mujer y el otro hombre, pero el hijo no tenía nada que ver con esta acción"; sentenciar afirmando que el hijo era del padre verdadero no provocaba conflicto con el orden público o la moral; por el contrario, esta sentencia resultaba correcta desde el punto de vista moral, porque decir "hijo del padre verdadero" era más correcto que "hijo de otra persona".

El derecho tailandés acepta la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de sus progenitores (47); y por eso, aunque el hijo haya nacido del adulterio, si el presunto padre ha impugnado su paternidad, este hijo podrá serlo de su padre verdadero por subsiguiente matrimonio de sus padres.

En el caso de que el hijo haya nacido del adulterio cometido durante el matrimonio nulo, el derecho tailandés considera que es hijo del marido conforme al artículo 1536, aunque el matrimonio sea nulo. Se establece que si todavía no hay declaración de nulidad del matrimonio, siguen existiendo sus efectos; y después de la declaración de nulidad, ésta no afectará a algunos

---

(47) Cc. tailandés, art. 1547: "El hijo nacido de padres que no están casados puede ser hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres o por la inscripción de paternidad o por sentencia firme".

de los efectos del matrimonio -especialmente a los que se refieren a la legitimidad del hijo- pues la nulidad del matrimonio produce efectos sólo entre los cónyuges (48).

En el supuesto de que el marido esté ausente, podemos preguntarnos: ¿el matrimonio está disuelto o no? y si la mujer tiene relación sexual con otro hombre, ¿ha cometido adulterio o no?, además, el hijo nacido durante la ausencia del marido ¿es o no hijo del marido?.

El derecho tailandés considera que la persona declarada ausente está muerta, pero no se puede considerar que la muerte a la que se refiere el artículo 65 tenga el mismo efecto que la muerte natural, porque la primera sólo es un estado artificialmente creado por la ley mediante la declaración judicial, algo así como una presunción de muerte. Dicha presunción puede no estar de acuerdo con la verdad, como podemos ver en el caso de que el derecho permita revocar la declaración de la ausencia cuando esa persona esté viva. La declaración de la ausencia, pues, se considera como una medida provisional, una especie de muerte civil provisional. Además, el artículo 1516 (5) dice: "si el marido o la mujer ha sido declarado ausente, el cónyuge presente puede ejercitar la acción de divorcio", por lo que la sola ausencia de un cónyuge no hace que el matrimonio se disuelva; se exige, además, ejercitar la acción de divorcio para la disolución verdadera del matrimonio. Por eso, si la mujer tiene relación sexual con otro hombre durante la ausencia de su marido, ella ha cometido adulterio; y si han nacido hijos durante ese tiempo, éstos serán presumidos del marido ausente.

---

(48) Cc. tailandés art. 1500: "La declaración de nulidad del matrimonio no perjudicará los derechos obtenidos antes de esta declaración respecto de otra persona, que ha actuado de buena fe.

En este sentido, la declaración no se tiene en cuenta".

### 8.3. DERECHO ESPAÑOL

Los cónyuges tienen entre sí deberes de convivencia y fidelidad (49). Cuando falta la fidelidad, por el adulterio cometido por la mujer, éste va a afectar a los cónyuges y al hijo que ha nacido durante el matrimonio.

Con respecto a los cónyuges, el adulterio cometido por la mujer es causa de divorcio (50), igual que se establece en el Código tailandés (51). El derecho no se preocupa sobre este problema; pero con respecto al hijo el problema es mayor y la ley debe intervenir para proteger su interés.

El Código español, recogiendo un viejo precedente (52), establecía que: "El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera" (derogado art. 109).

En este artículo podían diferenciarse dos apartados: uno por el que se establecía que la confesión de la madre de nada

---

(49) Cc. español, art. 68: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

(50) Cc. español, arts. 82.1ª y 86.

(51) Cc. tailandés, art. 1516 (1).

(52) Según las Partidas, "ensáñanse las mujeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen que los fijos que tienen en los vientres o que son nacidos, que non son dellos, más de otros..., por tales palabras, que el padre, o la madre dixessen, non deve el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera" (Part. III, tít. 14, ley 9). Igual precepto al art. 109 se encuentra en el art. 102 del Proyecto de 1851 y en el art. 57 de la ley de matrimonio civil de 1870.

Espín Cánovas, Diego, "Manual de Derecho Civil Español," Vol. IV, Familia, 6ª edición, adaptada a la Constitución y a las Leyes de Reforma del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, P. 292.

valdría contra la legitimidad del hijo que pudiera legalmente considerarse legítimo, de acuerdo con lo exigido por el artículo anterior; y otro, en que se hacía lo propio con la prueba llamada de imposibilidad moral, esto era, la mediación de un adulterio con la presencia en casa del marido, de modo que el hijo se le pudiera atribuir.

"La razón de esta negativa -afirma Manresa- era, en gran parte, de garantía a favor de los hijos, cuyo estado no debía quedar a merced de las pensiones de los padres; y así, decía la exposición de motivos de la ley de matrimonio civil, que tendía a evitar el peligro de que el marido ofendido en su honra, esto era, sabedor del adulterio, pudiese arrancar de la mujer culpable, por la coacción, una confesión que tal vez notuviera de verdad más que el reconocimiento de la falta cometida".

Manresa veía también otra razón más poderosa, que obligaba a rechazar la prueba de confesión o adulterio probada: el hecho de que, tratándose de una mujer que convive simultáneamente con dos varones, resulta imposible determinar cuál de los dos es el verdadero padre del hijo (53).

La ley derogada establecía una presunción de paternidad a favor del marido aunque la mujer tuviera relación sexual con otro hombre durante el matrimonio, por considerarse que también era posible el acceso sexual con el marido. Este precepto no suponía una presunción de legitimidad distinta de la habitual, ni podía impedir la impugnación de la legitimidad a la que se refería el derogado artículo 108 (54).

Aunque la ley presumía hijo del marido al nacido en esta situación, el marido podía impugnar la legitimidad del hijo si éste no era suyo. El derogado artículo 109 no constituía por tan-

---

(53) Manresa y Navarro, José María, "Comentarios al Código Civil Español", Tomo I, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1956, PP. 657-658.

(54) Espín Cánovas, Diego, obra citada.



to, como hemos dicho, una nueva presunción de legitimidad, sino sólo la establecía un instrumento para confirmar lo establecido en el derogado artículo 108.

Si el marido deseaba impugnar esta legitimidad, tan solo se le exigía probar la imposibilidad física de tener acceso a su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo (55). Tales declaraciones serían un elemento de juicio a tener en cuenta por los Tribunales en el caso de impugnación de la paternidad; pero la prueba de la ilegitimidad, por sí sola, nunca podría asentarse sobre el simple hecho del adulterio (56).

"Por otra parte, la jurisprudencia proporcionó interesantes interpretaciones del artículo 109, al afirmar que este precepto "sólo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108, pero no cuando la base de la imposibilidad es una separación real y efectiva, no quebrantada al tiempo de la concepción" (s. 16 Abril 1969) (57).

Pensamos que esta interpretación es razonable, porque si todavía siguen viviendo juntos los cónyuges puede existir una relación sexual entre ellos además de otra con una tercera persona; por eso, existe la posibilidad de que el hijo sea del marido. La ley lo presumía así desde el principio, para favorecer la legitimidad del hijo. Pero si los cónyuges están separados, no es posible la relación sexual entre ellos; por lo tanto, en el caso de la separación, no se aplica este precepto. Sin embargo, si el hijo ha nacido antes de los trescientos días siguientes a la

---

(55) Cc. español, el derogado artículo 108 ap.2.

(56) En este sentido, Bonnet, IV, 524; Rivero, P. 480. También la jurisprudencia afirma que el adulterio y la ocultación del nacimiento "no tendrían más valor que el de índices para corroborar una prueba de imposibilidad física, según resulta del artículo 109" (s. 15 oct. 1960).

Espín Cánovas, Diego, obra citada, PP. 292-293.

(57) Espín Cánovas, Diego, 1981, obra citada, PP. 292-293.

separación de los cónyuges, este hijo es legítimo del marido, de acuerdo con la presunción de paternidad del derogado artículo 108. Por lo que es necesario interpretar que se aplica este precepto aunque los cónyuges estén separados, pero sólo en el caso de que el hijo haya nacido durante los trescientos días inmediatamente posteriores a la separación.

El derecho actual no establece nada, como lo establecía en el derogado artículo 109. Se dispone sólo la presunción de paternidad en el artículo 116, que presume hijo del marido al nacido después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación de los padres. Por lo tanto, se presume desde el principio hijo del marido aunque la madre tuviera relación sexual con otra persona.

Estamos de acuerdo con el nuevo Código, que no establece la presunción de paternidad como lo establecía en el derogado artículo 109, por considerar que la presunción de paternidad regulada en el artículo 116 es suficiente; esto se debe a que el derogado artículo 109 no se considera una nueva presunción, sino una confirmación de la presunción del derogado artículo 108.

El marido puede impugnar la legitimidad del hijo mediante cualquier medio de prueba (art. 127), no sólo existe una única prueba, como lo establecía el Código anterior. El derecho actual permite aportar prueba en contra de la legitimidad del hijo más ampliamente que el derecho anterior, de manera especial en el caso del adulterio cometido por la mujer. En la legislación precedente, si el marido podía tener acceso a su mujer en los primeros 120 días de los trescientos días inmediatamente anteriores al nacimiento del hijo, se prohibía impugnar su paternidad, aunque el hijo no fuera suyo. Esta norma derogada es tan estricta como la norma anterior de la "Common Law". Pero la legislación surgida tras la reforma establece, concediendo mayores facilidades, que el marido puede impugnar su paternidad mediante cualquier medio de prueba, incluidas las biológicas. Por eso, no necesita aportar directamente la prueba del adulterio cometido por la mujer, sino sólo cualquier prueba para impugnar la legitimidad del hijo; será

suficiente demostrar que la mujer ha cometido adulterio. El sistema español actual regula esta materia del derecho de familia de forma muy semejante a los derechos alemán y suizo, considerando que el marido puede aportar cualquier tipo de pruebas, sin ningún tipo de limitación, para impugnar la legitimidad del hijo.

El hijo nacido de la relación entre uno de los cónyuges del matrimonio nulo que todavía no ha sido declarado nulo y una tercera persona, será hijo del marido (art. 116). También se presumirá hijo del marido el nacido antes de los trescientos días después de la declaración de nulidad. Aunque el matrimonio sea nulo, su efecto no afecta ni perjudica al hijo (58).

En el caso de que el hijo hubiera nacido del adulterio cometido por la mujer, si posteriormente el matrimonio se había disuelto y el padre natural se casaba con la madre del hijo, el "Common Law" no consideraba que el hijo lo fuera legítimo por subsiguiente matrimonio de los padres. Pero el derecho español acepta la legitimación por subsiguiente matrimonio (art. 119 ap.1); sin embargo, si el marido anterior todavía no hubiera impugnado la legitimidad del hijo, éste sería hijo suyo de acuerdo con la presunción de paternidad del artículo 116 y también del padre verdadero por subsiguiente matrimonio, presentándose en consecuencia un conflicto. A pesar de lo cual, si la paternidad hubiera sido impugnada por el presunto padre, el hijo podría serlo del padre verdadero, por subsiguiente matrimonio de sus padres desde la fecha del matrimonio.

En el supuesto de que el marido estuviera ausente y la mujer tuviera relación sexual con otro hombre en ese tiempo, esta mujer había cometido adulterio, porque conforme al derecho español el matrimonio no se disuelve por la ausencia legal, sino por la muer-

---

(58) Cc. español art. 79: "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume".

te o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio (art. 85). El hijo nacido durante ese período sería del marido de acuerdo con la presunción de paternidad, pero se ve claramente que en la realidad no lo es; por lo tanto, los herederos del marido -o éste, si está presente- podrían impugnar la legitimidad del hijo.

Pero si el marido había sido declarado fallecido, y la mujer tenía relación sexual con otro hombre, no existiría en tal caso adulterio, porque el matrimonio habría sido disuelto. El hijo nacido en estas circunstancias será no matrimonial, pues aunque el marido estuviera presente, no tendría ya ningún vínculo legal con la mujer; por eso, el hijo no se presumiría del marido.

**C A P I T U L O    I X**

**LA FILIACION MATRIMONIAL POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO**

## 9. LA FILIACION MATRIMONIAL POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO

El hijo no matrimonial puede convertirse en hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de sus padres tal como establece el derecho. La posición de legitimidad del hijo se consigue automáticamente por el efecto del matrimonio de los padres. El derecho comparado recoge una regla parecida para estos supuestos. El matrimonio de los padres tiene que realizarse después del nacimiento del hijo; pero si el hijo ha sido concebido antes, pero ha nacido después del matrimonio, el hijo es matrimonial legalmente por aplicación de la presunción de paternidad, y por lo tanto, no debe encuadrarse en este supuesto que seguidamente vamos a desarrollar.

### 9.1. DERECHO COMPARADO

El derecho canónico ha recogido la regla del derecho romano según la cual: "el hijo no matrimonial puede convertirse en hijo matrimonial si los padres se casan posteriormente y si ambas personas están libres para contraer matrimonio en el momento del nacimiento del hijo". (1).

Esta norma había sido inicialmente rechazada en el derecho inglés por resultar contraria a los beneficios de los herederos; asimismo menoscababa los derechos sucesorios en materia de Derecho agrario (este rechazo se manifestó especialmente en la Edad Media). Sin embargo, la norma mencionada fue promulgada con fuerza de ley por la "Legitimacy Act in 1926"; lo más reseñable de esta norma es que el hijo obtiene la legitimidad por el subsiguiente matrimonio de los padres sólo cuando uno de ellos no fuera el cónyuge de otra persona en el momento del nacimiento de aquél (2). Esta norma no prohíbe que el hijo no matrimonial nacido del

---

(1) Bromley, P.M., M.A. (OXON), Family Law, Second Edition, London, Butterworths, 1962, P. 290.

(2) Legitimacy Act, 1926, Section 1 (2).

adulterio pueda convertirse en matrimonial; pues, aunque éste haya sido concebido en el momento en que el padre o la madre estaban casados puede ser legítimo si ese matrimonio había sido disuelto antes de su nacimiento (3).

En la mayoría de los códigos de los países se establece que el hijo no matrimonial puede convertirse en hijo matrimonial cuando sus padres se casen posteriormente a su nacimiento, así se establece en el derecho alemán, suizo, coreano, chino (Taiwan) y Thailandés (4). Los Códigos mencionados permiten al hijo no matrimonial convertirse en hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres sin ninguna condición. El derecho francés aunque acepte esta regla, establece algunas condiciones como son las siguientes:

1) El hijo no matrimonial será hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de los padres, si estos le han reconocido legalmente antes o en el momento del matrimonio (5).

2) Generalmente (6) el hijo nacido del adulterio no puede

---

(3) Bromley, P.M., Obra citada, P. 291.

(4) Cc. Alemán art. 1719: El hijo no matrimonial será hijo legítimo si se casan sus padres; rige esta disposición también aunque el matrimonio sea declarado nulo.

Cc. Suizo art. 258: El hijo no matrimonial será hijo legítimo cuando se casen sus padres.

Cc. Coreano art. 855 (2): El hijo nacido fuera del matrimonio, cuando sus padres se casen, será considerado hijo matrimonial desde el momento del matrimonio.

Cc. Chino (Taiwan) art. 1064: El hijo nacido fuera del matrimonio cuyos padre y madre han contraído matrimonio entre sí, es considerado hijo legítimo.

Cc. Thailandés art. 1547: El hijo nacido de los padres que no estén casados será hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres... etc.

(5) Cc. Francés art. 331.

(6) Cc. Francés art. 331 ap. 1

ser considerado como hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres, excepto en estos casos:

2.1. El hijo nacido de hombre casado puede ser hijo legítimo si este hombre se casa con la madre del hijo posteriormente.

2.2. El hijo nacido de mujer casada puede ser hijo legítimo si esta mujer se casa con el padre de su hijo posteriormente, siempre que concurren alguna de estas circunstancias:

a) Que el marido anterior de la mujer o sus herederos impugnen la legitimidad del hijo.

b) Que no se impugne la legitimidad del hijo, pero se presuma hijo concebido por la madre fuera de la época de convivencia con su marido.

3) El hijo no matrimonial al que sus padres no han reconocido hasta después de casarse, podrá ser hijo legítimo por una sentencia firme y hay que probar que en el momento del matrimonio, el hijo tiene la condición de hijo de estos esposos conjuntamente (7).

Conforme al artículo 331 del Código francés, el hijo puede ser considerado como hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de sus padres, pero necesita cumplir el siguiente requisito: que los padres tienen que reconocer el hijo antes o en el momento del matrimonio. Si los padres no reconocen el hijo en el momento dicho, el hijo puede adquirir la condición de hijo legítimo, sólo, por una sentencia firme.

El Derecho Filipino acepta la regla de la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio (8) pero establece algunas condiciones como son las siguientes:

---

(7) Cc. Francés art. 331 ap. 1.

(8) Cc. Filipino art. 270: La legitimación tendrá lugar por el subsiguiente matrimonio de los padres.



1) El hijo debe ser hijo natural como lo establece el artículo 269: "Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales. Son hijos naturales los nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse".

2) Los padres tienen que reconocer al hijo antes o después del matrimonio (9).

El Código japonés acepta también esta regla con una condición, la de que el hijo debe ser reconocido por sus padres antes o durante la subsistencia del matrimonio, como se establece en el artículo 789, que transcribimos a continuación:

"El hijo reconocido por su padre adquiere el estado de hijo legítimo por razón del matrimonio de sus padres.

El hijo reconocido por sus padres durante la subsistencia de su matrimonio, adquiere el estado de hijo legítimo desde el momento del reconocimiento".

En el Derecho alemán, suizo, coreano, chino (Taiwan) y tailandés, el hijo no matrimonial adquirirá la condición de matrimonial automáticamente por el subsiguiente matrimonio de los padres, sin necesitar cumplir ningún requisito (como los establecidos en el derecho francés, filipino y japonés).

Pero el Derecho chino, aunque acepte esta regla sin ningún requisito, contiene una norma que prohíbe a la persona que, por motivo de adulterio, haya obtenido el divorcio o haya sido sentenciada en causa criminal, casarse con la otra parte del adulterio (10). Por eso, el hijo nacido del adulterio cometido entre ellos, no puede convertirse en hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio. Sin embargo, esta prohibición de casarse no es absoluta, pues, el Derecho permite al cónyuge anterior pedir la anulación

---

(9) Cc. Filipino art. 271: Sólo los hijos naturales reconocidos por sus padres antes o después de la celebración del matrimonio, o declarados hijos naturales por sentencia firme, pueden ser considerados legítimos por subsiguiente matrimonio.

(10) Cc. Chino art. 986.

de este matrimonio, pero debe realizarla antes de que transcurra un año después del matrimonio (11); si ha transcurrido dicho plazo, este matrimonio es válido y no puede ser anulado; el hijo nacido de esa situación será considerado hijo legítimo por subsiguiente matrimonio.

Además si existe la declaración de anulación, el efecto de dicha anulación no es retroactivo (12), el hijo es considerado legítimo desde su nacimiento (13).

Podemos decir que en todo el amplio espectro del derecho comparado se recogen unas reglas similares, que deben cumplirse para que se pueda considerar a un hijo no matrimonial como matrimonial por subsiguiente matrimonio; éstas son las siguientes:

1) El hijo no matrimonial puede convertirse en matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres, sólo en el caso de que los padres puedan casarse. Si ésto no es posible, como ocurriría en el caso de que fueran parientes por consanguinidad o ambos o uno de ellos estuvieran ya casados, el hijo no podrá obtener la condición de hijo matrimonial; así lo establece el derecho inglés (14).

El Código civil francés actual no prohíbe que el hijo extra-

---

(11) Cc. Chino art. 993: Cuando el matrimonio ha sido contraído contraviniendo el precepto del artículo 986, el cónyuge anterior puede pedir al juez que se declare la anulación; pero dicha anulación no puede ser realizada cuando haya transcurrido un año después de la conclusión del matrimonio.

(12) Cc. Chino art. 998: El efecto de la anulación del matrimonio no es retroactivo.

(13) Cc. Chino art. 1069: El efecto de legitimación del hijo nacido fuera del matrimonio es retroactivo hasta el momento del nacimiento, pero los derechos adquiridos de terceras partes no son afectados por ello.

(14) Legitimacy Act, 1926, Section 1 (2).

matrimonial nacido del hombre y la mujer que sean parientes por consanguinidad en el grado prohibido pueda ser hijo legítimo (anteriormente sí existía esta prohibición). En este caso, el hijo puede ser legítimo incluso en el caso de que en el momento de su nacimiento, los padres fueran parientes por consanguinidad en el grado prohibido; pero la aceptación de este matrimonio se debe a que dicha causa de prohibición del matrimonio ha dejado de ser tal; verbigracia, el hermano y la cuñada (en el caso de que el matrimonio cuyo efecto produjo la relación parentesca haya disuelto por el divorcio); el tío y la sobrina; la tía y el sobrino; el hermano y la hermana adoptiva. (15).

Pero es posible que se dé el caso de que ambos o uno de ellos hayan contraído otro matrimonio sin haberse disuelto el primero; es decir, la bigamia. Aunque este matrimonio sea inválido, el derecho de algunos países ha establecido que los efectos sobre el hijo serán válidos; el hijo será, pues, hijo matrimonial (16).

En el caso de que los padres que sean parientes por consanguinidad se hayan casado contraviniendo los requisitos esenciales, el matrimonio será nulo, conforme al derecho tailandés; sin embargo, el efecto de la nulidad existirá sólo entre los cónyuges, no afectando a la posición del hijo, (17) que tendrá en consecuencia la condición de hijo matrimonial.

---

(15) Amos and Walton's, Introduction to French Law, 2nd Ed., by F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, Clarendon Press, Oxford, 1963, P. 77; Planiol et Ripert, 2, No. 979.

(16) Cc. Alemán art. 1719: El hijo no matrimonial será hijo legítimo si se casan sus padres, regirá esta disposición también aunque el matrimonio sea declarado nulo.

Cc. Tailandés art. 1500: La declaración de nulidad del matrimonio no perjudicará los derechos obtenidos antes de la declaración de nulidad respecto de otra persona, que ha actuado de buena fe. En este sentido, la declaración no se tiene en cuenta.

(17) Cc. Tailandés art. 1500.

2) Los padres que se casan posteriormente deberán ser los padres verdaderos del hijo. Si uno de los cónyuges no tuviera esta condición, el hijo no podrá ser hijo matrimonial.

3) La mayoría de los Códigos de los países establecen que el hijo es legítimo automáticamente por subsiguiente matrimonio de los padres, pero en el derecho de algunos países no se producirá este efecto hasta que lo reconozcan los padres como sucede en el derecho francés, filipino y japonés. (18).

4) La legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres en el derecho de algunos países (como el derecho alemán, suizo, coreano y thailandés), (19) tiene efecto desde la fecha del matrimonio. En el derecho de otros países, (como Francia, Italia y Japón) (20), los efectos se producen desde el día del reconocimiento por los padres, incluso en el caso de que el reconocimiento exista después del matrimonio, como sucede en el derecho italiano y japonés. Pero en el derecho de algunos países como el chino y filipino, los efectos se producen desde el día

---

(18) Cc. Francés art. 331 ap.1.

Cc. Filipino art. 271.

Cc. japonés art. 789.

(19) Cc. Coreano art. 855 (2): El hijo nacido fuera del matrimonio, cuando sus padres se casen, será considerado hijo matrimonial desde el momento del matrimonio.

Cc. Thailandés art. 1557: La legitimidad del hijo conforme al artículo 1547 tendrá efecto:

(1) Desde la fecha del matrimonio en el caso de que se casen los padres posteriormente, etc...

(20) Cc. Japonés art. 789: El hijo reconocido por su padre adquiere el estado de hijo legítimo por razón del matrimonio de sus padres.

2. El hijo reconocido por sus padres durante la subsistencia de su matrimonio, adquiere el estado de hijo legítimo desde el momento del reconocimiento.

del nacimiento del hijo. (21)

Además de reglas similares en los Derechos de los distintos países en el caso de la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres, el Derecho Filipino establece algunas normas distintas a las de los otros países, como son:

a) La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de la celebración del matrimonio aprovechará a sus descendientes (art. 274).

b) La legitimación por subsiguiente matrimonio puede ser impugnada como dice el artículo 275: "La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo".

Como hemos visto, respecto al derecho de algunos países, el hijo no matrimonial puede convertirse automáticamente en matrimonial por subsiguiente matrimonio de sus padres, sin necesidad de cumplir ninguna condición para adquirir desde ese momento el carácter de matrimonial. Pero en otros Estados, aunque los padres se casen después del nacimiento, el hijo no es considerado hijo matrimonial salvo que se cumpla algún requisito, como el reconocimiento del hijo por los padres. Así, en lo tocante a estos ordenamientos jurídicos, el reconocimiento es el requisito más importante para ser hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres, y por ello, aunque se trate de una materia que por su complejidad podría merecer un estudio autónomo fuera del ámbito de una tesis como ésta, vamos a analizar la figura del recono-

---

(21) Cc. Chino art. 1069: El efecto de legitimación del hijo nacido fuera del matrimonio es retroactivo hasta el momento del nacimiento, pero los derechos adquiridos de terceras partes no son afectados por ello.

Cc. Filipino art. 273: La legitimación producirá efecto desde el momento del nacimiento del hijo.

cimiento del hijo en el derecho de algunos países, teniendo siempre presente que consideramos al reconocimiento en cuanto dirigido a establecer la filiación por subsiguiente matrimonio.

#### 9.1.1. Reconocimiento

Al hablar de "reconocimiento" en cada ordenamiento se utilizan unos términos distintos. Por ejemplo, se utiliza "legitimation" en el "Common Law" de Inglaterra; en el derecho de algunos Estados de E.E.U.U., japonés y chino, la expresión es "acknowledgement"; en el derecho coreano y filipino, se utiliza "recognition". Y en el derecho thailandés, se usa la palabra "registro". Por lo tanto, puede existir confusión, ya que estas palabras tienen frecuentemente significados distintos.

Las palabras "riconoscimento" en el derecho italiano, o "reconnaissance" en el francés, o "reconocimiento" en el español, significan sólo un reconocimiento por parte del padre de que el hijo es suyo; pero aunque éste quede reconocido legalmente, este reconocimiento no tiene los mismos efectos que la "legitimación" cuya consecuencia legal es que el hijo posee un estado equivalente al del hijo legítimo, allí donde ésta categoría aún conserve su sentido tradicional.

Se puede comparar con el reconocimiento del hijo no matrimonial conforme al artículo 1627 del Código civil thailandés, que dice: "El hijo no matrimonial reconocido por el padre... son considerados los descendientes lo mismo que el hijo legítimo conforme al sentido de este Código, y el Tribunal Supremo (22) ha interpretado que "el reconocimiento mencionado aunque sea sólo el reconocimiento de hecho que no produce ningún efecto jurídico, pero producirá un efecto especial sobre el derecho hereditario". Por eso, conforme a esta interpretación, el "reconocimiento" del artículo 1627 del Código civil thailandés tiene el mismo sentido que las palabras "riconoscimento" o "reconnaissance" en el Código

---

(22) La sentencia del T.S. Nº 204/1957, 649/1957 y 341/1959.

civil italiano y francés.

Por lo tanto, cuando consideramos las significaciones de las palabras mencionadas, podemos clasificar el reconocimiento en tres niveles distintos:

1) El reconocimiento de hecho. Este es el que se realiza mediante actos que demuestren a la colectividad el hecho de la paternidad como por ejemplo, cuando el padre ha mantenido al hijo o le permite utilizar su apellido; en estos supuestos, generalmente, no se producen efectos legales, pero en el derecho thailandés conforme a la sentencia firme referida del Tribunal Supremo, ha interpretado sobre el reconocimiento de hecho (expresión utilizada en el artículo 1627) que el hijo que ha sido reconocido en esta manera tiene el derecho sucesorio de su padre natural.

En algunos estados de E.E.U.U., se considera que el reconocimiento de un hijo en este modo no produce efectos sobre sus derechos sucesorios, (23) y en el caso de Labine V. Vincent (24) el juez negó que el hijo no matrimonial adquiriera derechos sucesorios respecto a su padre aunque éste reconoció de hecho a su hijo demostrando a la sociedad que era suyo durante toda su vida.

2) El reconocimiento del hijo que se haya realizado legalmente, pero no produce el efecto de que el hijo reconocido tenga la consideración de legítimo.

Esta clase de reconocimiento es un instrumento jurídico para demostrar quiénes son los padres del hijo no matrimonial cuyo efecto es que éste es aceptado legalmente como hijo de cierta persona y podrá tener algún derecho como los hijos legítimos, pero no tendrá el mismo "status", los derechos ni las obligaciones propias de un hijo legítimo. Este modo del reconocimiento

---

(23) Glendon, Harvard Law School, "The Legal Position of Children Born out of Wedlock in the United States".

Interpretado por Vichitcholchai, Pornpate, Revista jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Chulalongkorn, Bangkok, año II, libro 2, Mayo de 1976, P. 162.

(24) 401 U.S. 532, 91 S: ct. 1017, 28 L, Ed. 2 d 288 (1971).

ha existido en el Código civil francés, el cual establece que la paternidad y la maternidad del hijo no matrimonial serán establecidas legalmente de dos maneras; una de ellas consiste en el reconocimiento del padre y de la madre que necesite tomar la forma de acto auténtico, pudiendo constar éste en cualquier documento jurídico, incluso el testamento reconocido.

Este reconocimiento sirve tan sólo para demostrar quiénes son los padres del hijo, y produce algunos efectos legales. Si el hijo no matrimonial no ha sido reconocido, aunque tenga derecho a las prestaciones de la seguridad social lo mismo que los hijos legítimos, no podrá recibir otros efectos legales como consecuencia de la relación paternofilial.

El reconocimiento llamado "recognition" o "acknowledgment" en el derecho de algunos países (así, en algunos Estados de E.E.U.U.), produce plenos efectos, como si se legitimase al hijo; pero en otros Estados se considera que la posición de este hijo legítimo no produce efectos sucesorios; para obtenerlos, hay que probar el derecho a suceder, pues, se considera que la patria potestad y el derecho a ser heredero son distintos supuestos (25). Respecto a las normas estadounidenses, existen diversas formas del reconocimiento, dependiendo éste del derecho de cada Estado. En algunos de ellos se considera que el "acknowledgment" es sólo un requisito del reconocimiento, que debe hacerse constar en la inscripción ante el funcionario de Registro. Pero en otros se considera que el "acknowledgment" como tal equivaldrá al reconocimiento, pasando sin más el hijo a serlo legítimo de su padre. (26).

Sin embargo, podemos observar que los países cuyo derecho exige a los padres tanto el reconocimiento del hijo no matrimonial como el matrimonio (pudiendo así este hijo tener la condición de legítimo) son en su mayoría los países que han recibido la influencia del cristianismo o del derecho canónico, que impedía

---

(25) Glendon, obra citada, P. 162.

(26) Glendon, obra citada, P. 161.



reconocer al hijo nacido del adulterio de los padres que sean parientes por consanguinidad en línea prohibida.

3) El reconocimiento cuyo efecto hace que el hijo sea perfectamente legítimo. En el derecho comparado observamos que este modo de reconocimiento puede realizarse de manera sencilla (en cuyo caso, el "acknowledgment" bastará para que el hijo pueda ser hijo legítimo; esta es la situación en algunos estados norteamericanos (27), y en el derecho chino, es suficiente el caso de que el hijo ha sido mantenido por el padre natural (28), o de manera complicada (siendo necesario hacerlo constar en la inscripción; es éste el caso de algunos Estados de E.E.U.U. (29), y del derecho thailandés, tal como lo establece su artículo 1547). Esta clase del reconocimiento favorece al hijo y produce el efecto de que el hijo no matrimonial pueda ser legítimo.

Algunas veces el hijo no matrimonial no puede ser matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres por ejemplo; los padres están incursos en prohibición de casarse, por ser hermanos o por tener ya cónyuge uno o ambos. Pero el hijo es verdadero de los dos padres; por eso, el derecho de algunos países permite reconocer al hijo voluntariamente, y este reconocimiento hace que el hijo lo sea legítimo del padre o de la madre que lo reconoció. En este supuesto, el hijo no matrimonial puede ser legítimo de los dos padres, pero no tendrá la oportunidad de ser el hijo matrimonial de éstos.

Sobre esta clase del reconocimiento, vamos a analizarlo detalladamente en el derecho thailandés.

---

(27) Ibidem.

(28) Cc. Chino art. 1065: El hijo nacido fuera del matrimonio que ha sido reconocido por el padre natural es considerado hijo legítimo; cuando el hijo ha sido mantenido por el padre natural, el reconocimiento es considerado ya existente.

(29) Glendon, obra citada, P. 161.

#### 9.1.1.1. Reconocimiento en el derecho tailandés

El derecho tailandés establece algunas disposiciones en los artículos 1547 y 1548 como vemos respectivamente:

El artículo 1547: El hijo nacido de los padres que no estén casados, será hijo legítimo por subsiguiente matrimonio de éstos o cuando el padre haga constar en la inscripción que el hijo es suyo, o exista una sentencia firme demostrativa de que el hijo es suyo.

El artículo 1548: El padre podrá registrar al hijo como legítimo suyo cuando el hijo o su madre no impugnen afirmando a que aquél no es el padre del hijo. Si existe esta impugnación, el registro del hijo no se podrá hacer si no existe una declaración judicial.

Cuando el funcionario ha avisado sobre la petición de registrar al hijo y a la madre, si éstos no impugnan alegando que el que intenta registrar al hijo no es el padre, transcurridos sesenta días desde que el aviso llegue al hijo o a la madre, se considera que éstos no quieren impugnar. Si el hijo o la madre están fuera de Tailandia, se extenderá el plazo hasta ciento ochenta días.

Conforme a los dos artículos mencionados, se puede considerar que:

(1) El reconocimiento de un hijo será perfecto cuando se haya registrado legalmente a éste ante el funcionario encargado del Registro Civil.

(2) El que pida registrar al hijo tiene que ser el mismo padre; otra persona no puede pedirlo. El derecho establece sólo el reconocimiento del padre; nada se dice sobre el reconocimiento de la madre, porque conforme a la ley tailandesa el hijo es legítimo de la madre desde su nacimiento (así lo afirma el artículo 1546). Por lo tanto, la madre no necesita reconocer al hijo.

(3) El padre puede registrar al hijo como legítimo suyo cuando el hijo o la madre no nieguen dicha paternidad.

a) El único elemento objetivo que permite fundamentar una impugnación contra el registro del hijo o la madre es que el que pida registrar al hijo no sea el padre verdadero de éste. El hijo o la madre no pueden alegar otra causa (por ejemplo, el que pida reconocer al hijo observa mala conducta o padece una grave enfermedad hereditaria). El derecho permite impugnar sólo cuando el niño no sea hijo verdadero. Esto nos permite observar que se ha tenido en cuenta la paternidad verdadera más que cualquier otra cuestión. Sobre este supuesto existe una sentencia firme del Tribunal Supremo Thaiandés del T.S. número 820/1958: En este caso, el padre pidió registrar un hijo no matrimonial como hijo legítimo suyo; la madre aceptó que él era el padre verdadero del hijo, pero protestó alegando su condición de jugador empedernido y acusándole de querer reconocer al hijo para quedarse con sus bienes.

El Tribunal Supremo afirmó lo siguiente: El hecho de que la madre aceptara que el hijo era del padre no constituía motivo suficiente para permitir que el padre reconociese al hijo, pues todavía existía la impugnación de la madre; por eso, resultaba necesario considerar seguidamente cuál fue la razón para que el juez permitiese al padre reconocer al hijo. En este caso, si el padre observaba mala conducta, como afirmaba en su impugnación la madre, ¿podría negar el juez al padre la posibilidad de reconocer al hijo?. No existía ninguna respuesta en el artículo 1548; si era el padre verdadero, parecía lo más conveniente que se le permitiese registrar al hijo como legítimo. Pero su conducta constituía un problema diferente, y la madre habría de pedir al juez que se declarase que no era conveniente conceder al padre la patria potestad.

b) El derecho permite impugnar sólo al hijo o a la madre, otra persona no tiene derecho a hacerlo.

c) El plazo de la impugnación. El hijo o la madre han de efectuar ésta dentro de sesenta días contados desde que el aviso de la petición de reconocimiento llegue al hijo o a la madre; si éstos están fuera de Thailandia, el plazo para impugnar se

ampliará hasta ciento ochenta días.

El funcionario tiene que avisar al hijo y a su madre, y si ellos no impugnan dentro del plazo referido, se considera que renuncian a hacerlo; por lo tanto, el padre podrá reconocer al hijo mediante el registro.

(4) En el caso de existir la impugnación, el padre no podrá reconocer al hijo. Por eso, él deberá ejercitar la acción para que se declare su paternidad. Si existe una declaración judicial demostrando que el hijo es suyo, el padre puede registrar al hijo por medio de esta sentencia.

Consideramos a continuación algunos problemas sobre el reconocimiento en el derecho tailandés.

En el caso de que la madre y el hijo se hallen en la situación que no les resulte posible impugnar, ¿se puede reconocer al hijo?.

Respecto al derecho tailandés, el padre puede reconocer al hijo siempre y cuando éste o la madre no protesten negando la paternidad de aquél; éste es el motivo de que se establezca un plazo para impugnar. Pero si la madre y el hijo están en tal situación que no pueden impugnar (por ejemplo; el hijo está demente o todavía es bebé o ha fallecido, o la madre está demente o muerta), en estos casos, no se puede estimar sin más que no existe la posibilidad de impugnar, por tanto, ¿se puede reconocer al hijo?.

Un autor tailandés (30) opina que cuando la madre y el hijo no están en situación de poder impugnar, y el que reconoce es el padre auténtico, lo más conveniente es que se permita reconocerlo; pues si el derecho no permitiese hacerlo, el hijo no podría recibir los beneficios de la posición de hijo legítimo de su padre, estando éste imposibilitado de prestarlos a su vez al

---

(30) Naveecharearn, Saad, Catedrático, Descripción del Código Civil y Comercial, libro V de la Familia, Imprenta de Karnpimp Thonburi, Thonburi, 1967, P. 320.

hijo. Sin embargo, aunque la madre y el hijo estén en condiciones de impugnar, dicha impugnación sólo será admisible por una causa: que el que pida reconocer no sea el padre del hijo. Por ello, si éste no posee aún uso de razón y la madre se encuentra en estado de demencia, ¿hay que esperar hasta que la madre tenga plena capacidad o el hijo sea poco mayor para poder reconocerlo?. Y en el caso de que la madre haya fallecido y el padre desee reconocer al hijo, ¿permite el derecho reconocerlo antes de que el hijo tenga la edad suficiente?. Parece que no es el propósito del derecho negar el reconocimiento en el caso mencionado.

Esta opinión nos parece afortunada; si entre ambos existe realmente una relación paternofilial, es mejor que se permita el reconocimiento; pero el padre ha de tener pruebas suficientes para demostrar que el hijo es suyo. Sobre el particular existe una sentencia firme en sentido afirmativo: es la sentencia del T.S. número 1416/1962: El juez consideró que el reconocimiento del hijo favorecía a éste, pues habiendo fallecido la madre y no poseyendo aún uso de razón el hijo, ninguno de los dos hubiera podido prestar el consentimiento. Por lo tanto, el padre podía reconocer al hijo perfectamente, no siendo necesario otro consentimiento que no fuera el suyo.

¿Son iguales el reconocimiento del hijo ante el registro y el reconocimiento de hecho contenido en el artículo 1627?

El reconocimiento ante el registro implica hacer constar en la inscripción familiar la indicación de que el niño en cuestión es hijo del padre; dicho reconocimiento otorgará al hijo la consideración de hijo legítimo adquiriendo en adelante tanto uno como otro los derechos y obligaciones propios de la relación paternofilial.

Pero el reconocimiento de hecho al que se refiere el artículo 1627 (31) es sólo un comportamiento del padre demostrando

---

(31) Cc. Thailandés art. 1627: El hijo no matrimonial reconocido por el padre y el hijo adoptivo son considerados los descendientes lo mismo que el hijo legítimo, conforme al sentido de este Código.

públicamente a la gente que el hijo es suyo (por ejemplo, permite al hijo utilizar su apellido, le proporciona el sustento y la educación, lo trata incluso como si fuera legítimo). Mediante estas acciones se considera que el padre ha reconocido al hijo, produciéndose el efecto de que éste obtiene un derecho hereditario equiparable al hijo legítimo. El Tribunal Supremo (32) ha interpretado este artículo en el sentido de que el hijo reconocido en esta manera sólo adquiere derecho a la sucesión, no pudiendo poseer los mismos derechos que los hijos legítimos.

Otra cuestión distinta que podría plantearse entre estos dos tipos del reconocimiento es que el efectuado ante el registro no se puede hacer en el momento en que el hijo sea un "nasciturus", pero el padre podrá reconocer de hecho este feto. El motivo es el siguiente: anteriormente vimos cómo el reconocimiento ante el registro puede hacerse cuando el hijo o la madre no protestan afirmando que el que pide el reconocimiento no es el padre; vimos también que si existe esta protesta no es posible reconocerlo; por lo tanto, siendo la ausencia de protesta requisito principal, si el hijo todavía se encuentra en estado fetal, resultará imposible tal protesta. Por eso, el reconocimiento por el registro ha de realizarse después del nacimiento del hijo, porque el derecho respeta la voluntad del hijo también. Sobre este supuesto, podemos considerar una sentencia firme del T.S. número 1053/1937, de modo análogo: Para ejercitar una acción con el objeto de declarar que el hijo es del padre, es requisito imprescindible que el hijo haya nacido y reúna las condiciones necesarias para considerárselo ser humano; no es posible, según el T.S., pedir al juez que se declare que el feto es el hijo del que trata de reconocer.

Estamos de acuerdo con la opinión que se muestra contraria a permitir el reconocimiento del feto por el registro cuando éste aún no tiene la condición de ser humano conforme al artículo 15 del Código civil thailandés, que dice: "La condición de ser humano

---

(32) La sentencia del T.S. Nº 204/1957, 649/1957 y 341/1959.

empezará desde que haya salido del vientre de la madre y haya sobrevivido y terminará cuando haya muerto. El feto en el vientre de la madre podrá tener los derechos si está vivo después de su nacimiento".

El reconocimiento por el registro producirá la legitimidad del hijo a partir del momento en que se realice. El hijo tendrá los derechos y obligaciones que le corresponden respecto al padre inmediatamente; por eso, si se permitiese registrar al feto como hijo, estaríamos ante un problema complicado, pues al no tener éste aún la condición de ser humano, no podrá tener los derechos y obligaciones correspondientes a esa condición, especialmente, si tenemos en cuenta que, en el caso de producirse un aborto, los derechos recibidos de la posición del hijo legítimo desaparecerán antes del nacimiento. Por eso, el reconocimiento no producirá ningún efecto en el presente caso.

Pero el padre puede reconocer de hecho este feto como lo admite la sentencia firme del T.S. número 341/1959: En este caso, los padres convivían juntos como si fueran cónyuges posteriormente a la promulgación del Código civil, libro 5 y no realizaron la inscripción del matrimonio (33). Mientras el hijo permanecía en estado fetal, el padre lo reconoció de hecho como hijo suyo, con el objeto de tratar en adelante al feto como a cualquier otro de sus hijos. El hijo nació después del fallecimiento del padre, y por lo tanto tenía el derecho a la sucesión de éste como consecuencia de haber sido reconocido. Sobre este modo del reconocimiento, el derecho no ha establecido nada en lo relativo a la forma de reconocer; por lo tanto, el padre podía adoptar la conducta que considerase más conveniente para demostrar públicamente a la gente que el feto era hijo suyo (por ejemplo, siempre llevaba a la madre al médico, y comunicó a sus amigos la noticia de que iba a tener un hijo de su mujer). Cuando el hijo nació, su condi-

---

(33) Cc. Thailandés art. 1457: El matrimonio, respecto a este Código, existirá sólo en el caso de que se haga constar la inscripción del matrimonio.

ción de ser humano, le permitió tener derechos sucesorios.

Un autor thailandés (34) estima que el derecho no permite reconocer el feto ante el registro; pero si el padre desea que este feto tenga algunos derechos, podrá conseguirlo de varias maneras:

1) Contrayendo matrimonio con la madre del hijo. Este con posterioridad a su nacimiento, será considerado hijo legítimo del padre.

2) El testamento instituyendo heredero al feto. Este tendrá derecho a la sucesión conforme al artículo 15 ap. 2 en el que se dice: "El feto en el vientre de la madre podrá tener los derechos si ha sobrevivido después de nacer". Asimismo, el artículo 1604 del mismo Código afirma: "Las personas físicas podrán ser herederos siempre y cuando tengan la condición de ser humano o cuando puedan tener derecho conforme al artículo 15 de este Código en el momento del fallecimiento del causante". Por eso, cuando el padre haya redactado el testamento dejando los bienes al feto, éste podrá tener derecho a la sucesión si ha nacido con los requisitos necesarios para ser considerado persona.

3) El reconocimiento de hecho del feto conforme al artículo 1627. En este caso, el hijo nacido tendrá derechos sucesorios.

#### 9.1.1.2. Algunos supuestos sobre el reconocimiento en el derecho comparado

Por la especial relevancia que pueden tener para la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio, pasamos a exponer a continuación algunos supuestos relativos al reconocimiento en el derecho comparado:

a) ¿Se puede reconocer el hijo nacido del matrimonio prohibido?.

---

(34) Chaisamuid, Yunyud, Algunas opiniones sobre el feto quedado en el vientre de la madre, Revista jurídica llamada "Botbandid" libro 28, volumen 2, 1971, P. 309.



El caso de matrimonio prohibido que en estos momentos nos importa es el matrimonio entre los parientes en línea recta por consanguinidad. Conforme al derecho italiano, normalmente no será posible reconocer al hijo nacido de este matrimonio. Pero se ha establecido una disposición sobre el respecto permitiéndose reconocer a este hijo conforme al artículo 201 del Código civil italiano, en el que se dice que el hijo nacido de los padres que sean parientes en línea recta por consanguinidad sin límite de grado o que sean parientes hasta el segundo grado que no pueda ser reconocido por sus padres, podrá ser reconocido si en el momento de la concepción, uno de los dos padres o ambos no supieran de la relación prohibida, lo que se refiere a la parte que actúa de buena fe. Esta norma ha existido también en el "Common Law" (35) que permite reconocer al hijo nacido del matrimonio prohibido y nulo (Putative marriage) por el padre o la madre que creyeran de buena fe en la validez del matrimonio. Pero si ambos sabían la prohibición contraviniendo casarse, el "Common Law" no permitirá reconocer al hijo (36). Esta misma norma se ha establecido en el derecho francés (37); el derecho suizo es más tajante, pues prohíbe en todo caso reconocer esta clase del hijo no matrimonial (38). Los derechos alemán y thailandés no establecen ninguna prohibición; por eso, nuestra opinión es que se puede reconocerlo, pues donde el derecho no distingue no pueden establecerse distinciones.

b) Los ordenamientos jurídicos de diversos países permiten

---

(35) Legitimacy Act of 1959, Section 2, Bromley, P.M., M.A. (Oxon), Family Law, Second Edition, London, Butterworths, 1962, P. 258.

(36) Cretney, S.M., M.A., Principle of Family Law, London. Sweet and Maxwell, 1974, PP. 314-315.

(37) Planiol, Civil Law Treatise, An English Translation by Louisiana State Law Institute, 11th Edition, vol. 2, Part I, 1938, PP. 814-815.

(38) Cc. Suizo art. 304.

reconocer al hijo después de su muerte para favorecer al descendiente o al hijo natural reconocido del hijo no matrimonial fallecido (como por ejemplo, los derechos francés, italiano, coreano y japonés) (39); pero en los derechos alemán, suizo, chino y tailandés no existe esta regulación.

Respecto al derecho tailandés, nuestra opinión es que si el hijo ha muerto, pero su madre está viva y no había protestado el reconocimiento, se puede reconocer a este hijo fallecido, dado que la madre puede acreditar la corrección del reconocimiento del hijo.

c) El derecho de algunos países permite reconocer al feto en el vientre de la madre; así lo ha establecido el Código japonés en el artículo 783: "El padre puede reconocer hasta el feto en el vientre de la madre. En este caso, necesitará el consentimiento de ésta". Esta norma existe también en el derecho coreano (40).

---

(39) Cc. Francés art. 332: El reconocimiento del hijo se podrá realizar después de su fallecimiento en el caso de que éste tenga descendiente. En este caso el favor recaerá sobre el descendiente.

Cc. Italiano art. 255: El reconocimiento del hijo fallecido, el derecho permite realizarlo para favorecer al descendiente legítimo y al hijo natural reconocido del hijo fallecido.

Cc. Japonés art. 783 ap.2: El padre o la madre pueden reconocer al hijo aunque éste haya muerto, sólo en el caso de que el descendiente del hijo todavía esté vivo. En este supuesto, si el descendiente mencionado tiene la mayor edad, necesitará su consentimiento.

Cc. Coreano art. 857: Después de que el hijo haya fallecido, si sus descendientes están vivos, aquél podrá ser reconocido como hijo legítimo.

(40) Cc. Coreano art. 858: El padre puede reconocer al hijo aunque éste esté en el vientre de la madre.

En el Código alemán, se permite al padre reconocer al feto como afirma el artículo 1600 b.(2): "El reconocimiento se puede realizar antes del nacimiento del hijo".

Y el artículo 1708 dice: "Antes del nacimiento del hijo, el Juez de Tutela (Guardianship Court) puede nombrar tutor para arreglar los asuntos dispuestos en el artículo 1706. Este nombramiento producirá efectos desde el día del nacimiento del hijo".

El artículo 1706 del Código alemán ha dispuesto como obligaciones del tutor las siguientes:

(1) Buscar el padre del hijo y cualquier otra gestión relacionada con la fijación de la relación entre padres e hijo o el apellido de este último.

(2) Reclamar las cantidades necesarias para el mantenimiento del hijo.

(3) Arreglar los asuntos sobre la recepción de la herencia y el reparto de los bienes sucesorios que pasarán al hijo en el caso de que el padre y sus parientes hayan fallecido.

Conforme al (1) de este artículo, el derecho alemán permite nombrar tutor para fijar la identidad del padre. Se puede hacer a través del ejercicio de la acción o mediante otros sistemas, porque aunque el padre del hijo pueda reconocerlo voluntariamente, de acuerdo con el artículo 1600 b. (1), en el caso de que no desee tal reconocimiento ni pretenda de ninguna otra manera demostrar que él es padre del hijo no matrimonial, el derecho alemán admite la posibilidad de nombrar tutor, confiándole la misión de buscar al padre.

Pero en el derecho thailandés (como hemos visto) no se permite reconocer registralmente al feto; únicamente se admite un reconocimiento de hecho según el artículo 1627, adquiriéndose tan sólo los derechos sucesorios en el caso de que el hijo haya nacido con los requisitos que permiten obtener la personalidad jurídica.

d) El derecho de algunos países permite al padre reconocer

el hijo legítimo de otra persona, pero en algunos otros Estados no existe esta disposición. Normalmente el padre reconocerá a su propio hijo no matrimonial; pero en algunos casos es posible que este hijo sea legítimo de otra persona (por ejemplo, en el caso de que la madre, casada, tuviera relación sexual con otro hombre hasta tener un hijo con éste último). Sobre este supuesto, el derecho de algunos países permite al padre verdadero reconocer al hijo: ésta es la solución adoptada por el derecho italiano en el artículo 252 del Cc.:

"El hijo nacido del adulterio podrá ser reconocido por el padre o la madre que no esté casado en el momento de la concepción.

Estos hijos podrán ser reconocidos por el padre o la madre que esté casado en el momento de la concepción si este matrimonio ha sido disuelto por la muerte del otro cónyuge".

La norma de este supuesto del derecho italiano es semejante a la que el Código civil francés establece en su artículo 340, pero el derecho francés adopta un procedimiento diferente, siendo necesario el ejercicio de una acción judicial. (41).

El derecho italiano no ha dispuesto una norma específica sobre este supuesto; sin embargo, conforme al derecho francés como hemos dicho, el reconocimiento de este hijo no matrimonial puede realizarse por medio del ejercicio de la correspondiente acción y sólo en los casos siguientes:

- El hijo nacido de la mujer tomada por el padre con la intención de convivir con ella como si fuera su mujer y ha nacido de la violación.

- El hijo nacido del engaño realizado por el padre, que utiliza incorrectamente su condición de funcionario para yacer con una mujer.

---

(41) Amos and Walton's, Introduction to French Law, 2nd Ed., by F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, Clarendon Press Oxford, 1963, P. 75.

- El caso de existir prueba escrita de la paternidad, realizada expresamente por el padre.

- El caso de que los padres convivan juntos públicamente.

- El caso de que el padre natural mantenga a este hijo como si fuera propio.

El derecho thailandés no ha establecido nada sobre este supuesto, pero se puede considerar de modo análogo una sentencia firme del T.S. número 1048/1949: En este caso, la demandante ya estaba casada, pero posteriormente había convivido con el fallecido durante siete años y tenía un hijo con éste. El fallecido había muerto después del nacimiento del hijo y la demandante pidió al juez que se declarase que el hijo era del fallecido por existir un principio de prueba de los hechos suficiente para ejercitarse esta acción. El hijo, considerado inicialmente como legítimo del marido de la demandante conforme a la presunción de la paternidad (42) (el matrimonio entre la demandante y su marido todavía no había disuelto), había nacido durante el matrimonio. El Tribunal Supremo consideró que el hijo era del fallecido que fuera padre verdadero, pese a no haberse casado con la madre del hijo; por tanto, esta sentencia destruyó la presunción de la paternidad. Esta sentencia es un caso evidente de acción de reclamación para obtener una declaración judicial demostrando que el hijo es del padre verdadero. La condición de hijo legítimo del padre adquirida mediante sentencia es incontestable, e incluso protege al hijo más que el reconocimiento realizado ante el funcionario. La sentencia firme puede incluso destruir la presunción legal porque ésta no es absoluta y se puede probar lo contrario; pero para destruirla es imprescindible actuar judicialmente (por ejemplo, la impugnación de la legitimidad del hijo por el padre y sus herederos (art. 1539) o por el hijo (art. 1545), no se puede destruir de otra manera. Por tanto, conforme al derecho thailandés, no existe ninguna regulación que permita reconocer registralmente al hijo legítimo de otra persona. Nuestra opinión al respecto

---

(42) Cc. Thailandés art. 1536.

es que no se puede realizar; sin embargo, es preferible que el hijo sea legítimo de su padre verdadero, y por eso, si éste quiere reconocer al hijo, dicho reconocimiento habrá de realizarse después de que la legitimidad de éste haya sido impugnada por el marido de su madre (el presunto padre) o por el hijo mismo.

e) El derecho de algunos países (así, la legislación neoyorkina sobre patrimonio, poder y crédito (New York Estates, Powers and Trusts Law, Mckinney 1967) (43) entre los cuales se encuentran el thailandés y el chino (44), han establecido que el hijo no matrimonial es hijo legítimo de su madre. Por lo tanto, ésta no necesita reconocer al hijo, pues la maternidad existe desde el momento del nacimiento del hijo. Pero las Leyes de algunos otros países -derecho francés, italiano, coreano, filipino y japonés (45) contienen una regulación en la que se exige que ambos

---

(43) El derecho de Nueva York sobre patrimonio, poder y crédito (Mckinney 1967) art. 4-1.2: La herencia por o de las personas ilegítimas;

a) Por lo que respecta a este artículo:

(1) El hijo no matrimonial es hijo legítimo de su madre, por eso, él y sus herederos pueden tener el derecho a la sucesión de su madre y los parientes de su madre, etc...

(44) Cc. Thailandés art. 1546: El hijo nacido de la mujer que no esté casada es considerado hijo legítimo de esa mujer.

Cc. Chino art. 1065 ap. 2: En la relación con su madre, el hijo nacido fuera del matrimonio es considerado legítimo, y el reconocimiento no es necesario.

(45) Cc. Francés art. 331: El hijo no matrimonial que no haya nacido del adulterio será legítimo por subsiguiente matrimonio de los padres y éstos deberán reconocerlo legalmente antes o en el momento del matrimonio.

Cc. Italiano art. 252: El hijo nacido del adulterio podrá ser reconocido por el padre o la madre que no esté casado en el momento de la concepción.

Esos hijos podrán ser reconocidos por el padre o la madre que esté casado en el momento de la concepción, si este ma-

padres reconozcan al hijo para que éste adquiriera relaciones pater-nofiliales con ambos. Por tanto, si la madre no le reconoce, el hijo no tendrá la condición de hijo suyo. Conforme al derecho de los países donde existe la regulación mencionada, si la madre no quiere reconocer al hijo, el reconocimiento será imposible, nadie podrá obligarla, según esta legislación, a reconocer; ni siquiera a hacer constar su nombre en la inscripción de nacimiento como madre. Esta norma es demasiado rigurosa y solamente rige en algunos países cristianos estrictamente católicos, como Italia. Podemos, pues, observar que Italia no ha establecido ningún instrumento jurídico para cumplir las obligaciones que le imponen sus compromisos internacionales en materia de Derecho de familia. (46).

Prescindimos de las cuestiones relativas a la forma y a los efectos del reconocimiento por exceder claramente de la problemática más directamente referida al supuesto de la filiación por

---

trimonio se ha disuelto por la muerte del otro cónyuge.

Cc. Coreano art. 855 ap.1: El hijo nacido fuera del matrimonio puede ser reconocido por su padre o madre.

Cc. Filipino art. 276: El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Cc. Japonés art. 779: El hijo que no es legítimo puede ser reconocido por su padre o su madre.

- (46) Italia fue uno de los países firmantes del Convenio de Bruselas sobre el reconocimiento de los niños naturales, de 12 de Septiembre de 1962 (Brusseles Convention of 12 September 1962 on Recognition of Natural Children), y posteriormente ha ratificado este Convenio mediante una Ley de 24 de Abril de 1967, que establecía la obligación para Italia de cumplir el Convenio (cuyo artículo 1 dice: "Si alguien ha sido mencionada como madre en la inscripción del nacimiento del hijo natural, la dicha mención implica la maternidad").

subsiguiente matrimonio.

No obstante, de acuerdo con lo expuesto sobre la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio de los progenitores, y el reconocimiento del hijo en el derecho comparado, podemos observar que el derecho tailandés concede más oportunidades para que el hijo no matrimonial se convierta en legítimo, incluyéndose la protección de los beneficios del hijo no matrimonial. Los tres caracteres importantes en los que vemos reflejado este tratamiento son:

(1) El hijo no matrimonial será hijo legítimo automáticamente desde el momento de que sus padres se casen, sin necesidad de reconocer antes o después o en el momento del matrimonio.

(2) En el caso del reconocimiento legal, se permite reconocer al hijo voluntariamente, con el efecto de que el hijo no matrimonial reconocido adquirirá la posición de hijo legítimo inmediatamente, sin necesidad de mediar el matrimonio de los padres para completar esta legitimidad del hijo (como se exige en el derecho de algunos importantes países). Sin embargo, si el padre no quiere reconocer o el hijo o la madre protestan el reconocimiento, el derecho permite jercitar la acción para que se declare la legitimidad del hijo.

(3) El reconocimiento producirá sus efectos aunque no se haya efectuado oficial y legalmente, es decir, aunque sólo exista reconocimiento de hecho, éste otorgará al hijo derechos sucesorios.

Sobre el supuesto del hijo no matrimonial que se convierte en matrimonial automáticamente por subsiguiente matrimonio de los padres, sin tener que cumplir ningún requisito, se puede afirmar que en las legislaciones alemana, suiza, coreana, china y tailandesa, se producen efectos tanto favorables como desfavorables, como veremos a continuación.

- Los efectos favorables se desprenden, claro está, de la posibilidad de que el hijo no matrimonial adquiera la posición del hijo legítimo inmediatamente desde el matrimonio de los pa-



dres, sin necesidad de cumplir más requisitos.

- La parte desfavorable surge del hecho de que la adquisición del estado de hijo matrimonial inmediatamente desde el matrimonio de los padres puede dar cierta inseguridad respecto de la filiación paterna (como afirmaban los romanos, sólo se puede estar seguro de la maternidad). En efecto, la paternidad no se puede fijar cierta, absolutamente, como la maternidad; aunque el hijo haya nacido dentro del matrimonio, el derecho debe establecer la presunción de la paternidad y ésta ha de poder ser destruida por la prueba en contrario si no coincide con la realidad. Por eso, en el caso de que el hijo haya nacido antes del matrimonio será considerado hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de sus padres, lo cual puede producir un efecto que no se corresponde con la realidad. Algunas veces el marido de la madre es sólo el presunto padre; pero si ha casado con la madre del hijo, tendrá la posición del padre inmediatamente.

Estimamos que esta disposición resulta imprudente, pues falta un examen jurídico de la situación, lo que puede producir el efecto de considerar verdadera una relación que no lo es. En el derecho de algunos países (como el francés, el italiano, el filipino, y el japonés), además del matrimonio de los progenitores, se necesitará el reconocimiento de ambos, antes o en el momento del matrimonio, para que el hijo sea hijo matrimonial plenamente. Esta norma podrá considerarse incómoda o complicada, pero sin duda es la única que permite acreditar con certeza que el marido de la madre es también padre del hijo, pues él, es quien lo ha reconocido. Se trata, pues, de una especie de nuevo examen del caso a la luz del Derecho, con el fin de que la situación jurídica se acomode a la fáctica.

La legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio es válido siempre aunque el matrimonio sea nulo (47). Por eso, en el

---

(47) Cc. Alemán art. 1719: El hijo no matrimonial será hijo legítimo si se casan sus padres; regirá esta disposición también, aunque el matrimonio sea declarado nulo.

Cc. Thailandés art. 1495: Sólo la declaración judicial demostrará la nulidad del matrimonio.

caso de que los padres no puedan casarse por la prohibición del derecho (por ejemplo: los padres son hermanos) pero se casan después de nacer el hijo, éste es hijo legítimo aunque el matrimonio sea declarado nulo posteriormente, porque la nulidad del matrimonio producirá el efecto sólo para los esposos y no afectará a la posición del hijo. (48).

## 9.2. LA FILIACION MATRIMONIAL POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El artículo 108 ap. 1 del actual Código civil español dice: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí".

Conforme a este artículo, si los padres están casados entre sí, el nacimiento del hijo producirá los mismos efectos, tenga lugar antes o después del matrimonio; en ambos casos, el hijo será matrimonial. Lo importante es la existencia del matrimonio de los padres, pues es éste el que hace que el hijo sea matrimonial. Indudablemente el hijo es matrimonial si ha nacido después del matrimonio; pero también lo será si sus padres se casan después de su nacimiento. El Código no exige que el matrimonio de los padres sea previo a la concepción del hijo; ni siquiera a su nacimiento, como podemos ver al principio del artículo 119 del Código civil, cuyo texto, después de la última reforma, dice:

"La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la

---

(48) Cc. Thailandés art. 1500: La declaración de nulidad del matrimonio no perjudicará los derechos obtenidos antes de la declaración de nulidad respecto de otra persona, que ha actuado de buena fe. En este sentido, la declaración no se tiene en cuenta.

fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo...".

Antes de la reforma de 1981, el hijo era legítimo por haber contraído matrimonio los padres antes de su nacimiento y podía legitimarse, en caso de no serlo, por el matrimonio subsiguiente al nacimiento. Actualmente el proceder del matrimonio de los padres hace matrimonial al hijo, pero también le otorga esta condición el matrimonio posterior o subsiguiente de sus padres, que actualmente los "matrimonializa", en lugar de "legitimarlos", pues hoy en día los hijos no se distinguen en legítimos e ilegítimos, sino en matrimoniales y no matrimoniales. Por tanto, es erróneo decir que ha desaparecido de la ley española la antiguamente llamada "legitimación" por subsiguiente matrimonio; lo exacto es señalar que se ha convertido en "matrimonialización" por subsiguiente matrimonio. (49).

La terminología ha cambiado, pues, y con justicia, porque el término "legitimación" era peyorativo y discriminatorio (50), y podemos observar que el hijo legitimado se consideraba de hecho como perteneciente a una clase distinta de filiación que el hijo legítimo, siendo realmente lo mismo. El derecho actual utiliza la palabra "hijo matrimonial" para demostrar la igualdad de todos los hijos cuyos padres están casados entre sí; sea cual sea ese matrimonio, ocurra antes o después del nacimiento del hijo, éste es hijo matrimonial y no existe ninguna diferencia.

En el derecho español, antes y después de la reforma se establece una regla parecida sobre la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres, pero hay algunos supuestos distintos. El derecho reformado es más favorable para el hijo que el derecho anterior, como vamos a analizar comparadamente.

A) Los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres pue-

---

(49) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 218.

(50) Ibidem.

den ser legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres como se establece en el artículo 119 ap. 1: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente". Esta norma es la misma que la norma anterior que permitía también legitimar los hijos nacidos antes del matrimonio como establecía el derogado art. 120 (51).

La norma reformada suprime la legitimación por concesión real, sólo establece por el subsiguiente matrimonio.

B) En el derecho actual, todos los hijos no matrimoniales pueden ser hijos matrimoniales por subsiguiente matrimonio de los padres, no sólo los hijos naturales como se establecía en el derecho anterior (52). Porque conforme al derecho reformado, todos los hijos tienen los mismos derechos (53), es decir, que los hijos no matrimoniales tienen la misma posición que los hijos matrimoniales, y no existen diversas clases de hijos, como lo establecía en el derecho anterior, sino sólo dos clases: hijo matrimonial e hijo no matrimonial; por eso, todos los hijos no

---

(51) El derogado artículo 120: La legitimación tendrá lugar: 1º por el subsiguiente matrimonio de los padres. 2º Por concesión real.

(52) El derogado artículo 119: Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales.

Son hijos naturales los nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella.

(53) Cc. Español art. 108: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

matrimoniales pueden ser legitimados siempre por subsiguiente matrimonio de los padres.

C) Requisitos, para que se produzca el efecto de la legitimación por subsiguiente matrimonio:

a) El matrimonio de los padres. El matrimonio hay que celebrarlo después del nacimiento del hijo; éste ha nacido antes y tiene la posición de no matrimonial desde el principio. Si el hijo ha muerto y sus padres se han casado después de su fallecimiento, se producirá el efecto también, como veremos después.

El hijo no matrimonial puede ser hijo matrimonial siempre por subsiguiente matrimonio de sus padres, aunque éstos no puedan casarse; como por ejemplo, si son hermanos o ya están casados, pero si este matrimonio ha sido contraído legalmente aunque luego sea declarado nulo (54), el hijo será hijo matrimonial, la nulidad del matrimonio no afectará la posición del hijo.

b) Filiación legalmente determinada. No sólo es necesario el subsiguiente matrimonio de los padres para matrimonializar al hijo, sino que se ha de determinar la filiación extramatrimonial de cualquiera de las formas jurídicas que se recogen en el art. 120 del C.c. actual, que dice:

"La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3. Por sentencia firme.

---

(54) Cc. Español art. 79: La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.

4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil".

Conforme al derecho actual además del subsiguiente matrimonio de los padres hay que determinar la filiación del hijo que va a ser legitimado, de acuerdo con alguna de las formas jurídicas de determinación de la filiación no matrimonial, del artículo 120, aunque no es necesario cumplir todas las formas; de aquí, se deduce que el derecho actual es más favorable para que el hijo no matrimonial pueda ser matrimonial por subsiguiente matrimonio, que lo era el derecho anterior. En el derecho anterior se establecía otro requisito más severo en el derogado artículo 121, que decía:

"Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrado".

En el derecho anterior, tenía que hacerse el reconocimiento por ambos padres, conjunta o separadamente, antes o después de la celebración. Un problema interesante (55) que se planteaba era cuando sólo lo había reconocido uno, y el otro lo hacía después de disuelto el matrimonio por muerte de aquél; Cicu entendía que no había legitimación por faltar entonces el requisito del matrimonio; sin embargo, esta solución parecía rechazable en nuestro Derecho, a la vista del derogado artículo 121, que se refiere a la "celebración", no a la subsistencia, y del derogado 123, que retrotrae los efectos a la fecha de aquélla.

El derecho anterior establecía este requisito más estricto que el derecho reformado en que establece muchas formas jurídicas, de determinación de la filiación aunque con que se cumpla una

---

(55) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Derecho de Familia, II", Librería Bosch, 2ª edición Barcelona 1975, P. 52.

de ellas ya es suficiente y tiene efecto, por ejemplo: después del matrimonio, la madre hace constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, el hijo no matrimonial será hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres. Por el contrario, en el derecho anterior, necesitaba sólo el reconocimiento de ambos padres; si no se cumplía este requisito, el hijo no podía ser hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio.

c) Conforme al artículo 119 del derecho reformado, se exigen sólo dos requisitos para ser hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio, pero no se dice nada de que haya que cumplirse el primer requisito, antes o después que el segundo. Por tanto, la determinación legal de la filiación puede haberse producido antes o después del matrimonio, es decir, que (56) puede haber reconocimiento (o declaración judicial) de la filiación por los padres (conjunta o separadamente), y luego casarse éstos; o a la inversa, matrimonio primero, y luego la determinación legal de la filiación. En ambos casos el efecto es el mismo, e inevitable.

El derecho anterior establecía claramente que había que reconocer antes o después de la celebración del matrimonio. (ver art. 121 del Cc. antes de la reforma).

d) Podemos ver que para ser hijo matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres es necesario cumplir otro requisito además del matrimonio de éstos. Si no se cumple otro requisito, el hijo no matrimonial no podrá adquirir la condición de matrimonial. Respecto al derecho anterior, éste exigía sólo el reconocimiento realizado por ambos padres, pero la normativa actual exige precisar alguna de las formas jurídicas de determinación de la filiación no matrimonial que se recogen en el artículo 120. Por lo tanto, estas formas jurídicas son muy importantes, vamos

---

(56) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús, Rivero Hernández, Francisco, "El nuevo régimen de la familia", II, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1ª edición, 1981, P. 58.

a analizarlas en sus distintas formas:

### 9.2.1. El reconocimiento

El reconocimiento es el factor más importante en la determinación de la filiación no matrimonial; y ello nos obliga de nuevo a considerarlo en sus rasgos esenciales por cuanto sobre él puede actuar el subsiguiente matrimonio de los padres el basado en la libre voluntad del que hace la manifestación de paternidad o maternidad es denominado voluntario (57). Moralmente no cabe duda de que el padre o la madre están, en principio, obligados a reconocer a su hijo. Pero desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento es un acto libre y voluntario. El nuevo sistema español de derecho de familia no se refiere a un reconocimiento impuesto, sino a una filiación determinada por sentencia (o declaración judicial de filiación) (58).

"Normalmente -afirma el profesor Albaladejo- el padre y la madre biológicos tendrían que reconocer al hijo, pero es posible que los reconocedores no sean las personas que hayan engendrado al hijo, y no infrecuentemente el varón que reconoce a un hijo no es su verdadero padre. Lo que el reconocimiento, desde luego, no requiere es una prueba de ser padre, lo que frecuentemente sería difícil o imposible. No es demostrar la paternidad y, en virtud de que está probada, declarar asumirla; es únicamente afirmarse padre. Lo que, ciertamente, permite que no sea verdad. Sólo puede decirse que la admisibilidad del reconocimiento exige, a lo más, que no conste que la paternidad que se declara es imposible (como, por ejemplo, si uno reconociese a persona de más edad que él)". (59).

---

(57) Espín Cánovas, Diego, "Manual de Derecho Civil Español", Vol. IV, Familia, 6ª edición, adaptada a la constitución y a las Leyes de reforma del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1981, P. 298.

(58) Albaladejo, Manuel, "Curso de Derecho Civil", IV, Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona 1982, PP. 226-227.

(59) Albaladejo, Manuel, Obra citada, PP. 228-229.



El artículo 120 de la nueva regulación se refiere al reconocimiento sin considerarlo un acto ligado al matrimonio, admitiendo, no sólo que el reconocedor no haya contraído matrimonio con la madre del hijo -caso frecuente- sino también que a su vez esté casado con otra mujer. La reforma ha liberalizado la institución del reconocimiento del hijo adulterino; con respecto a esta especie del reconocimiento, sin embargo, se plantea un problema cuando no lo realiza el padre, sino la madre, si ésta aún no se ha separado legalmente o de hecho para destruir la presunción de paternidad, o si aún no han transcurrido los 300 días después de la disolución del matrimonio o separación de los cónyuges (60).

Si el reconocimiento del hijo es realizado por hombre y mujer casados entre sí, el resultado será la adquisición por el reconocido del estado de hijo matrimonial; por el contrario, será hijo no matrimonial tanto si es reconocido por uno sólo de los padres como si es reconocido por hombre y mujer que no puedan o quieran casarse entre sí. (61).

#### 9.2.1.1. Reconocimiento unilateral y reconocimiento bilateral

El reconocimiento puede ser realizado por los padres conjuntamente o separadamente. El primero es el reconocimiento bilateral; el otro es unilateral.

El reconocimiento bilateral se produce cuando concurren en un mismo acto las declaraciones de ambos progenitores y ambos son coincidentes por presentar una misma dirección (62).

Tanto uno como el otro tienen la misma naturaleza y deben considerarse separadamente, aunque en el reconocimiento bilateral ambos recaigan sobre la misma persona. Díez-Picazo ha expresado

---

(60) Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, "Sistema de Derecho Civil", Vol. IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, Editorial Tecnos, 1982, P. 331.

(61) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 226.

(62) Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Obra citada, P. 333.

esto muy acertadamente explicando que el acuerdo bilateral"... no es un acuerdo entre los padres para reconocer al hijo". (63).

En cuanto al reconocimiento unilateral, leemos en el artículo 122 que: "Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro, a no ser que esté determinada legalmente". De este precepto podemos deducir el carácter profundamente individual y autónomo del reconocimiento así como la necesidad de que sea un acto voluntario. Para defender esta voluntariedad, precisamente, establece la ley la prohibición absoluta de mencionar cualquiera de los padres la identidad del otro en el acto de reconocer (64). Por supuesto, tal prohibición no existe en un reconocimiento bilateral, en que poco puede importar que un progenitor revele el nombre del otro cuando este otro, precisamente, está revelándolo a su vez voluntariamente por el hecho de reconocer. Sin embargo, incluso en esta exigencia de silencio la nueva regulación establece una diferencia, pues la legislación anterior prohibía no solamente mencionar el nombre del otro progenitor, sino también proporcionar datos sobre su identidad (art. 132 derogado). Actualmente ha desaparecido esta precaución. (65).

Asimismo, tampoco se prohíbe manifestar la identidad del otro progenitor en el caso de que ésta estuviese ya determinada anteriormente. El derecho anterior no admitía la mención del nombre ni siquiera en este caso, lo que parece evidentemente exagerado. Por supuesto, nada se oponía a que dicha mención se realizara en privado; por ejemplo, a través de un testamento cerrado u ológrafo (66).

---

(63) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 229.

(64) Espín Cánovas, Diego, Obra citada, P. 300.

(65) El derogado artículo 132 ap.1 del Cc. español: Cuando el padre o la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

(66) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 231.

Con respecto a la posibilidad de mención del nombre del otro progenitor por parte del que reconoce, afirma Lacruz Berdejo: "En este caso, es posible que el padre que promoviera, dentro del plazo, la inscripción de nacimiento, declarase la identidad de la madre, si coincide con la que conste en el parte facultativo o comprobación del médico del Registro, a no ser que se oponga la madre o que desconozca su maternidad dentro de los quince días siguientes a la notificación de su mención registral (art. 120, 4, Cc. y 47 LRc). En este caso, no es que el padre que reconoce la paternidad en la misma inscripción revele la identidad de la madre, sino que la maternidad ya está determinada legalmente por la declaración de nacimiento y el parte o comprobación reglamentarios conforme al Código y a la Ley del Registro Civil (cfr. artículos 120,4, Cc., 47 LRc. y 181, II, RRc.). (67).

#### 9.2.1.2. Sujeto activo

El artículo 121 del Código civil actual dice: "El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal".

Por tanto, cualquier persona puede efectuar el acto del reconocimiento, incluso aquellas que tengan reducida su capacidad de obrar (aunque, en este caso, sea necesaria la autorización que el derecho les exige para cualquier acto de transcendencia). La ley exige, pues, un único requisito para el reconocimiento: la paternidad auténtica de quien reconoce. Pero no se preocupa de poner los medios para que dicha paternidad sea indiscutible, por no exigirse prueba suficiente de ésta; por lo cual, en la práctica es posible que reconozca quien no es en realidad padre del reconocido. Por supuesto, dentro de ciertos límites: como ejemplo, Albaladejo cita el caso de quien intenta reconocer a

---

(67) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Derecho de Familia", Elementos de Derecho Civil, IV, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 650.

alguien cuya edad es igual o superior a la suya (68).

Volviendo al caso de los incapaces, será necesaria la "aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal", lo que se refiere tanto a los mayores de edad que han sufrido incapacitación como a los que simplemente no tienen edad suficiente (art. 46.1). Por tanto, se refiere tanto a "incapacitados" como a "incapaces" o, por decirlo así, "aún no capaces". Hay que precisar el sentido en que debe interpretarse la aprobación judicial a la que se refiere el Código; parece que se tratará de un requisito para la validez, no para la simple eficacia del acto. Por lo tanto, sin la aprobación judicial no podrá hablarse de reconocimiento de los menores no emancipados y de los incapaces. El derecho actúa justamente al establecer un control judicial sobre este tipo de reconocimientos, pues de este modo se pueden evitar reconocimientos de complacencia (69).

Según un autor, (70) es dudoso que el reconocimiento a cargo de un incapacitado por ciertas causas (como la prodigalidad o la interdicción civil) sea conforme al espíritu de la ley que le haga falta esa aprobación. Se podría decir, que en esos casos su incapacitación no alcanza al campo presente. Pero también se puede pensar que, no obstante, la aprobación la ha querido la ley incluso en esos casos para poner en manos del juez la evitación de los riesgos patrimoniales que acarrearía un reconocimiento de quien no es verdaderamente hijo, o porque lo que quiere es exigir tal aprobación para mayores garantías, cuando el sujeto que reconoce no tiene la plena capacidad. Esos argumentos son aducibles lo mismo para el supuesto de prodigalidad que de inter-

---

(68) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 232.

(69) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echevarría, Jesús, Rivero Hernández, Francisco, "El nuevo régimen de la familia", Tomo II, Filiación, Editorial Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid, 1981, P. 65.

(70) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 234.

dicción, pero la verdad es que en el caso de ésta nos parecen aún de menos peso.

Sin embargo, los menores de catorce años podrán llevar a cabo el reconocimiento de su hijo sin aprobación judicial, si lo han realizado en testamento, como dijimos antes. (71).

#### 9.2.1.3. Sujeto pasivo

Antes de la última reforma, sólo podían ser reconocidos los hijos naturales nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella (derogados artículos 129 y 119). Pero actualmente todos los hijos no matrimoniales pueden ser reconocidos por sus padres, porque después de la reforma han desaparecido las antiguas distinciones entre los hijos no matrimoniales y hoy día todos los hijos no matrimoniales son iguales y tienen los mismos derechos; por lo tanto, actualmente resulta evidente que puede ser reconocida cualquier persona viva, sea mayor o menor, capaz o incapaz, y aún las que estén simplemente concebidas; también el hijo ya fallecido (72). Lo importante es que los reconocidos tienen que ser hijos verdaderos del reconocedor.

Pero conforme al artículo 113.2 "no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria", resulta que no es posible reconocer el hombre o la mujer al hijo de quien ya conste legalmente determinada otra paternidad o maternidad aunque aquéllos sean padre o madre verdaderos. "Quizá" -afirma Rivero- "fuera mejor decir que un reconocimiento hecho en aquellas condiciones será ineficaz, no podrá surtir efectos, hasta tanto resulte impugnada o declarada ineficaz la filiación contradictoria que obstaculiza el reconocimiento". (73).

---

(71) Cc. español art. 663: Están incapacitados para testar: 1º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. Etc.

(72) Albaladejo, Manuel, Obra citada, PP. 234-235.

(73) Rivero Hernández, Francisco, Obra citada, P. 65.

O se puede decir que pueden ser reconocidos todos aquéllos cuya filiación no estuviese determinada en condiciones contradictorias con las que se reconoce; o bien, tras la impugnación con éxito de la filiación contradictoria determinada. (74).

La posibilidad de reconocimiento alcanza a los hijos adulterinos. En lo que se refiere al padre casado que reconoce a su hijo extramatrimonial, no se plantearán problemas si éste ha nacido de una madre en estado de soltería, viudez, divorcio o separación superior a trescientos días. Pero si el padre, no importando su estado, intenta reconocer a un hijo de mujer casada con otro, o cuya separación se haya producido hace menos de trescientos días, tal reconocimiento no será posible por ir en contra de la filiación establecida por la presunción de paternidad a favor del marido de la madre. Por tanto, será preciso esperar hasta la impugnación de dicha paternidad por el marido. Lo mismo ocurrirá en el caso del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; el padre biológico deberá esperar, para reconocerlo, hasta que el marido de la madre haya destruido la presunción de paternidad conforme al artículo 117.

El Código reformado nada afirma sobre la posibilidad de reconocer al "nasciturus". Parte de la doctrina (75) opina que será presupuesto necesario para dicho reconocimiento que se conozca la identidad de la embarazada, a pesar de que ello contradice lo establecido en el artículo 122, que prohíbe revelar la identidad del otro progenitor cuando no se encuentra aún determinada legalmente.

---

(74) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Obra citada, P. 651.

(75) Albaladejo, Manuel, Obra citada, PP. 234-235.

Espín Cánovas, Diego, Obra citada, P. 301.

Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Obra citada, P. 652.

Rivero Hernández, Francisco, Obra citada, PP. 65-66.

Para reconocerse al hijo fallecido será necesario el consentimiento de sus descendientes, conforme al artículo 126: "El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales".

9.2.1.4. Los requisitos del reconocimiento, desde el punto de vista del hijo reconocido

a) Si el hijo es mayor de edad, según el artículo 123 ("el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito"), el reconocedor necesita su consentimiento para producir efectos el reconocimiento.

El consentimiento prestado por el hijo mayor de edad para ser reconocido puede ser expreso o tácito. Cualquier actuación del reconocido mayor en concepto del hijo del reconocedor será valorable como consentimiento tácito. El expreso no requiere forma determinada; además, su exigencia no resultaría demasiado coherente con la posibilidad, admitida por el Código, de reconocimiento tácito. Este consentimiento es considerado como declaración de voluntad irrevocable, lo cual no impide el ejercicio posterior de una acción impugnadora del reconocimiento por parte del hijo no verdadero que en su día consintió ser reconocido. Por supuesto, el vicio en el consentimiento también constituirá causa de impugnación. (76).

El consentimiento del reconocido mayor es muy importante, y su ausencia no podrá ser suplida de ninguna manera.

b) Si el reconocido es un menor de edad o un incapaz, según el artículo 124 ap. 1 "La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido".

En este caso, la aprobación judicial tiene un valor simple-

---

(76) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Obra citada, P. 654.

mente supletorio o subsidiario del consentimiento del representante legal, cuando no estuviera constituida la representación o cuando el representante negara injustificadamente su consentimiento. Sobre el respecto, resulta interesante examinar el ap. III de la Circular de 2 de junio de 1981, dirigida a los encargados: "este requisito alternativo supone que si el hijo está bajo la patria potestad de uno de los progenitores o si está constituida la tutela, puede acudirse a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal, como camino posiblemente más sencillo; pero, si no está bajo patria potestad ni está constituida la tutela, será en la práctica más conveniente recurrir a la vía de la aprobación judicial". (77).

El consentimiento del representante legal tiene que ser necesariamente expreso y además tiene que prestar con su voluntad. No se exigen otros requisitos, pues puede prestarse de cualquier forma. Lo esencial es su carácter inequívoco.

¿Qué se exige al progenitor legalmente conocido? Hay varias opiniones:

Díez-Picazo y Gullón dicen que "se exige el consentimiento del progenitor que legalmente hubiera ya reconocido con anterioridad". (78).

Según Rivero Hernández, "se exige la aprobación judicial con audiencia del progenitor legalmente conocido, además de la del Ministerio Fiscal" (79). También Lacruz afirma que "el juez, antes de conceder o denegar la autorización, debe oír al Ministerio fiscal y, además, al progenitor legalmente conocido. De este modo su voluntad no resulta, se requiere su audiencia, pero su opinión, no es vinculante para el juez". (80).

---

(77) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Obra citada, P. 655.

(78) Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio, Obra citada, P. 336.

(79) Rivero Hernández, Francisco, Obra citada, P. 67.

(80) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Obra citada, P. 656.



El reconocedor puede elegir entre el representante legal o el juez, pero si los dos han denegado el reconocimiento, Lacruz opina que el reconocido puede prestar su consentimiento al llegar a la plena capacidad de obrar (81).

Pero ambos requisitos -el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial- no serán necesarios si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para la inscripción de nacimiento, como establece el artículo 124 ap. 2: "No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal".

¿Por qué no se exige el consentimiento del representante legal y la aprobación judicial para los reconocimientos realizados mediante el negocio jurídico testamentario o para los realizados en el acta de nacimiento?. De los primeros puede afirmarse que, al ser realizados en la hora de la muerte o preparándose para ella, y dado que sus efectos se producen "post mortem" el reconocedor no busca beneficio para sí mismo. Pero en este supuesto, será necesario el consentimiento del hijo cuando hubiera alcanzado la mayor edad. Con respecto a los reconocimientos realizados en el acta de nacimiento, se exige que la inscripción se practique dentro de plazo; o, lo que es lo mismo, entre las cuarenta y ocho horas y los diez días siguientes al nacimiento, período en el cual es difícil suponer móvil diferente de la manifestación de la verdad. (82).

Pero si la inscripción ha sido realizada por el padre, la madre podrá pedir, durante el año siguiente al nacimiento, que

---

(81) Obra citada, P. 657.

(82) Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio, Obra citada, P. 336.

se suspenda la inscripción de paternidad practicada. En este caso, el padre tiene que solicitar la confirmación de la inscripción; por eso, se cesa la excepcionalidad, ya que será necesaria en este caso la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (no del progenitor conocido). Si el padre no solicita dicha confirmación, la inscripción de paternidad queda suspendida y el reconocimiento no produce efectos.

c) Para el reconocimiento del hijo ya fallecido, será necesario el consentimiento de sus descendientes. Así lo afirma el artículo 126: "El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales".

Los descendientes, por tanto, pueden prestar el consentimiento personalmente o a través de sus representantes legales, en el caso de que fueran menores o estuvieran incapacitados. Si son varios pueden prestarlo unánimemente o mayoritariamente y también individualmente, para el último, cada uno, que haya consentido, podrá tener los efectos de la filiación determinada por tal reconocimiento.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1928 negaba la validez del reconocimiento cuando no existieran descendientes del reconocido y al que reconocía no le impulsara otro móvil que el de adquirir la herencia del hijo que quería reconocer.

De esta sentencia puede decirse que define muy correctamente el reconocimiento como una institución favorecedora de los intereses del reconocido, por lo que faltando descendientes, no debe permitirse un reconocimiento tardío cuando con él se buscara tan sólo el beneficio del progenitor que pretende reconocer.(83).

d) El reconocimiento requiere los requisitos de consentimiento o aprobación judicial, y la ausencia de éstos impedirá al reconocedor realizar el reconocimiento, lo cual llevará a que

---

(83) Espín Cánovas, Diego, Obra citada, P. 302.

la filiación pueda determinarse únicamente mediante declaración judicial.

#### 9.2.1.5. Efectos del reconocimiento

Los efectos del reconocimiento se retrotraen hasta el momento del nacimiento del hijo; así lo establece el artículo 112. Toda filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal, de cualquier clase que sea, tiene efectos retroactivos si la retroactividad es compatible con su propia naturaleza y la Ley no dispone lo contrario.

#### 9.2.2. La resolución recaída en expediente registral

La segunda forma de quedar determinada la filiación no matrimonial es mediante "resolución recaída en expediente tramitado, con arreglo a la legislación del Registro Civil", según el artículo 120.2, luego también sobre esta base puede operar la filiación por subsiguiente matrimonio.

El artículo 49 LRc. afirma: "Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3. Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario".

Conforme al artículo mencionado, si existe alguna de las circunstancias enumeradas, podrá inscribirse en el Registro Civil

la filiación mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, cuando no exista oposición por parte del Ministerio Fiscal o de las personas interesadas.

No se trata de una declaración judicial de filiación (hecha con menos solemnidades que la por sentencia), puesto que el Juez lo que hace es aprobar el expediente (84). Tampoco se trata de un reconocimiento.

Sobre la oposición en este caso, el último párrafo del artículo 188 RRc. dice que "para que la oposición de los constituidos en parte o del Ministerio Fiscal se entienda debidamente formulada a efectos de impedir la aprobación del expediente, debe presentarse en tiempo oportuno y expresar las razones por las que se estime que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen".

Si el expediente cuya resolución determina la filiación no matrimonial ha sido necesariamente notificado a la persona interesada y ésta o el Ministerio Fiscal se han opuesto, el juez no puede aprobar el expediente, tiene que sobreseerlo, sin perjuicio de que posteriormente se actúe por la vía contenciosa. Pero si no existió oposición, su abstención o pasividad pueden ser consideradas como expresión (tácita o presunta, pero inequívoca) de voluntad de reconocer o admitir la filiación que se determina e inscribe (cfr. R. 25 septiembre 1981).

Sobre las tres circunstancias que enumera el artículo 49 LRc. hay que decir que son las mismas establecidas en los derogados artículos 135 y 136 para obligar a los padres a reconocer el hijo; pero después de la última reforma, han desaparecido estos dos artículos y se ha ampliado toda la materia referente a investigación de la paternidad y de la maternidad. Por lo tanto, tiene que entenderse la modificación del artículo 49 LRc. será posible determinar la filiación no matrimonial, no existiendo oposición, mediante expediente tramitado ante el Registro, admitiéndose todo

---

(84) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 242.

tipo de pruebas (art. 127 Cc). Tal expediente surte efectos semejantes a los de un juicio. Sobre este punto, opina Lacruz Berdejo: "...no habiendo contención por falta de suficientes razones optativas a la pretensión, entonces la conclusión sobre su naturaleza sustantiva de reconocimiento no sería tan segura; por lo menos, habría que admitir una doble funcionalidad: de reconocimiento tácito y aformal por conformidad del progenitor pretendido, y de acción de reclamación de filiación no matrimonial en vía gubernativa y no contenciosa". (85).

### 9.2.3. La sentencia firme

La tercera forma de quedar determinada legalmente la filiación no matrimonial es "por sentencia firme" conforme al artículo 120.3, lo cual exige, evidentemente, la sentencia penal o civil. En primer caso recae en causa criminal seguida contra quien cometió un delito sexual y en el fallo se le declara padre de la prole procedente de su unión carnal con la víctima (C. penal, art. 444.2.), (86).

En cuanto a la sentencia civil, se produce como consecuencia del ejercicio de una acción de reclamación de filiación no matrimonial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 133 y siguientes. Con posterioridad a la reforma, la investigación de la paternidad y maternidad es posible, sin establecer la ley ningún tipo de limitaciones sobre pruebas ni hechos (artículo 127). La acción de reclamación de filiación es un problema cuya íntima relación con las acciones de filiación (tema extenso y abundante en problemas) excede a los propósitos de este trabajo.

### 9.2.4. La constancia de la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo

La última forma de quedar determinada legalmente la filia-

---

(85) Lacruz Berdejo, José Luis, Obra citada, PP. 662-663.

(86) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 243.

ción no matrimonial únicamente respecto a la madre la establece el artículo 120.4: "Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil".

El artículo 47 de la Ley de Registro Civil afirma: "En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el Encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el Encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación...".

Y el artículo 182.2.3 y 4 de la misma Ley dice: "A la que figura como madre se le advertirá expresamente, al ser notificada, que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el Encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia...

La notificación del asiento de filiación materna se hará constar por inscripción marginal, con indicación de su carácter personal, hora, fecha y lugar de la notificación y destinatario.

Las del asiento de desconocimiento producirá nota marginal con las mismas indicaciones".

En dichos artículos vemos cómo es posible hacer constar la filiación de la madre en la inscripción de nacimiento, cuando existe coincidencia entre la declaración de la persona que inscribió y el dictamen médico del facultativo, comadrona o ayudante técnico sanitario que asistieran al parto, o bien la comproba-

ción de éste efectuada por el médico del Registro Civil. (87).

Si la madre ha hecho constar la filiación materna, y coincide el parte o comprobación reglamentaria, no existe ningún problema, ya ocurre jurídicamente la relación entre madre e hijo.

Si la ha hecho constar otra persona, distinta de la madre, el encargado del Registro deberá ponerlo rápidamente en conocimiento de la persona interesada (en este caso, especialmente la persona que figura como madre). Y si ésta no ha formalizado una declaración de desconocimiento ante el Encargado del Registro dentro de los quince días siguientes a la notificación, dicho desconocimiento no será posible en adelante. Por lo tanto, el único procedimiento para suprimir la mención de la filiación materna será en virtud de sentencia (pues la Ley únicamente permite suprimir esta filiación mediante sentencia o por desconocimiento formalizado dentro del plazo establecido de la persona que figura como madre).

Pero si la persona que figura como madre ha opuesto esta filiación, el encargado del Registro no hará mención de la madre en la inscripción de nacimiento del hijo. Así lo ha establecido el artículo 181.1 de la misma Ley: "El Encargado a quien conste que la mujer no casada se opone a la referencia de su maternidad, no hará mención de la madre en la inscripción, en virtud de declaración y de parte o comprobación y archivará en el legajo todos los antecedentes del nacimiento".

Si no hubiera formulado dicho desconocimiento discrecional la parte que figura como madre en la declaración o en el parte o dictamen a que antes nos referíamos -y a través de ellos, en la inscripción de nacimiento- debe presumirse la existencia de una voluntad, por su parte, tanto de aparecer como madre como de aceptar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. (88).

---

(87) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 243.

(88) Lacruz Berdejo, José Luis, Obra citada, P. 663.

Por lo tanto, la constancia de la filiación materna en la inscripción de nacimiento no puede considerarse como un reconocimiento en sentido formal y nominal, sino más bien como reconocimiento informal, tácito o presunto; lo que se deduce del hecho de quedar reflejada tal filiación en la inscripción de nacimiento mientras no exista oposición expresa por parte de la madre. (89).

#### 9.2.5. El efecto de la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio

##### 9.2.5.1. Régimen general

El hijo deviene matrimonial por el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 119 del Código civil, sin necesidad de ningún acto ni pronunciamiento especial: sólo por el matrimonio el hijo que antes era no matrimonial se convierte automáticamente en matrimonial.

El derecho actual no establece que después del subsiguiente matrimonio de los padres, el hijo tendrá los mismos derechos que los demás hijos matrimoniales, como se establecía en el derogado artículo 122 (90). Esto es así, porque ahora todos los hijos sea cual sea su filiación, tienen los mismos derechos, es decir que sea cual sea el tipo de filiación, hoy día todas ellas tienen los mismos efectos (91).

---

(89) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 243.

(90) El derogado artículo 122: "Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos".

(91) Cc. Español art. 108: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.



Ambas regulaciones del Código Civil; la anterior y la reformada, establecen la misma forma, es decir, la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres tendrá efecto desde la fecha del matrimonio, como vemos en el artículo 119 y en el derogado artículo 123, así:

El artículo 119: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo... etc."

El antiguo artículo 123: "La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio".

La determinación de la filiación puede haberse producido antes o después del matrimonio; de este modo, es indiferente que los padres tengan un hijo al que reconozcan, casándose después, o que tengan un hijo, contraigan matrimonio y posteriormente lo reconozcan. En ambos casos -reconocimiento anterior y matrimonio posterior; o matrimonio anterior y reconocimiento posterior- la filiación del hijo "adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores" (art. 119) (92). Por eso, en el caso de que la determinación tenga lugar después del matrimonio de los padres, la condición matrimonial del hijo se retrotraerá a la fecha de la celebración del matrimonio. Pero si dicha determinación fue anterior al matrimonio, no ya no obra retroactivamente; ni siquiera se produce "matrimonialización" desde ella, sino sólo desde la fecha del matrimonio en adelante. Porque lo que "matrimonializa" al hijo es el matrimonio; la determinación de la filiación únicamente sirve para fijar sobre qué hijo recae dicha "matrimonialización". (93).

En lo referente al efecto de la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio de los padres, podemos ver que el artícu-

---

(92) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, "Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 221.

(93) Albaladejo, Manuel, P. 220, "Obra citada".

lo 119 del Código civil reformado establece una regulación distinta a la del artículo 112 (disposición general).

Leemos: "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllas y la Ley no dispusiere lo contrario.

En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal antes de que la filiación hubiere sido determinada".

Pero conforme al artículo 119, la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio; nada se dice sobre efectos retroactivos extensibles hasta el momento de la concepción o el nacimiento del hijo. Así, dice el profesor Albaladejo (94) que al hijo no hay que entenderlo "matrimonializado" desde su concepción, y no se presume que es matrimonial desde un principio porque: 1º Los efectos retroactivos "matrimonializadores" irían contra la naturaleza de la situación, supondría llamar "matrimonial" un período en el que todavía no existía matrimonio.

Esto es lógico, porque lo que "matrimonializa" es el matrimonio; y siendo así, ha de producir sus efectos desde que se celebra y únicamente a partir de entonces, es decir, para después, y no con efectos retroactivos.

2º Actualmente, siendo iguales los derechos de los hijos matrimoniales y los de los extramatrimoniales, que la "matrimonialización" no extienda sus efectos hasta la concepción del hijo carece de la importancia que tendría de no existir dicha equiparación de derechos. Pues si antes de la "matrimonialización" tales derechos no fuesen iguales, sería el efecto retroactivo de ésta, lo que igualaría, también en el pasado, los derechos de unos y otros; mientras que existiendo iguales derechos para una y otra clase de filiación, la equiparación jurídica hace innecesario que la

---

(94) Albaladejo, Manuel, P. 220, "Obra citada".

"matrimonialización" tenga efectos retroactivos hasta el momento de la concepción del hijo.

#### 9.2.5.2. El efecto sobre los descendientes del hijo fallecido

El derecho actual establece lo mismo que el derecho anterior, afirmando, que "tal condición aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido". (95).

Como la determinación de la filiación no matrimonial puede tener lugar también después del fallecimiento del hijo (como podemos ver en el artículo 126 (96) sobre el reconocimiento del hijo fallecido y en el artículo 133 (97) sobre la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando el hijo falleciere), cabe la hipótesis de que, fallecida con descendencia una persona cuya filiación sea desconocida, se convierta -retroactivamente, desde el momento del matrimonio de los progenitores pero con posterioridad al nacimiento y fallecimiento de aquélla- en filiación matrimonial, después de su muerte, y en beneficio de su descen-

---

(95) Cc. Español art. 119 ap. 2: "Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará en su caso, a los descendientes del hijo fallecido".

Artículo 124 (derogado): "la legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes".

(96) Cc. Español art. 126: "El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales".

(97) Cc. Español art. 133: La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

dencia. (98).

El derecho actual no establece nada sobre el caso del hijo que ha fallecido antes de celebrarse el matrimonio (como lo establecía en el derecho anterior) o como lo establece el Código civil francés en su artículo 332 (99), pero los efectos serán los mismos: porque si el hijo fallece después del matrimonio, sus descendientes ya tienen derecho y reciben los efectos de este matrimonio. Por tanto, la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres aprovechará también a los descendientes del hijo si éste ha muerto antes del matrimonio, por ejemplo, si el hijo no matrimonial ha muerto y posteriormente sus padres han contraído matrimonio, los descendientes del hijo recibirán los derechos y beneficios derivados de este matrimonio desde la fecha de su celebración.

#### 9.2.6. Impugnación

La filiación matrimonial de un hijo por subsiguiente matrimonio de sus padres puede ser impugnada según la regulación reformada del Código Civil, así como en la regulación anterior.

El derogado artículo 128 decía: "La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo".

Conforme a este derogado artículo, todos los perjudicados pueden impugnar la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio cuando no concorra alguno de los dos requisitos siguien-

---

(98) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, Derecho de Familia, Edición experimental, Librería Bosch, Barcelona, 1982, P. 629.

(99) Art. 332 del Código civil francés: "La legitimación puede tener lugar después de la muerte del hijo, si ha dejado descendientes; aprovechando entonces a éstos".

tes:

(1) Cuando el hijo no tenga la condición legal de hijo natural; porque en el derecho anterior sólo podían ser legitimados los hijos naturales, los hijos ilegítimos no, por eso, si el hijo no es hijo natural, los perjudicados pueden ejercitar la acción de impugnación de la paternidad.

(2) Cuando el hijo no haya sido reconocido por los padres antes o después de la celebración. El reconocimiento de los padres es muy importante, hay que hacerlo antes o después del matrimonio, si todavía no lo reconoce pero los padres ya están casados, "la legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio " (100). Por eso, los perjudicados pueden impugnar la legitimidad del hijo por subsiguiente matrimonio de los padres si no concurre el reconocimiento de los padres.

Conforme al derecho reformado, la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde el matrimonio siempre que el hecho de la filiación quede legalmente determinada, como hemos visto antes. Si la filiación queda determinada legalmente por sentencia firme (art. 120.3), resulta inatacable (101), por aplicación del artículo 1252 Cc. "en las cuestiones relativas al estado civil de las personas... la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado".

Esto, es aplicable, en el caso que nos ocupa, a la acción de reclamación contenida en el artículo 134.2., "No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia". Es decir, si existe una sentencia que determine una filiación, nadie puede reclamar otra filiación que contradiga la ya determinada por dicha resolución judicial. El Código civil (art. 134.2) establece sólo esta imposibilidad; pero ningún artículo establece la prohibición de impugnar una filiación declarada en sentencia, aunque la doctrina opina que tampoco ésto resulta

---

(100) El derogado artículo 123.

(101) Albaladejo, Manuel, PP. 248-249, "Obra citada".

posible, pues conforme al artículo 1252, la cosa juzgada que resulta de dicha sentencia es oponible "erga omnes" (no sólo frente a los que litigaron en el pleito en que se determinó la filiación). Es decir, si el hijo fue declarado hijo matrimonial de una persona, nadie puede ejercitar la acción de impugnación de esta filiación determinada ya por la sentencia.

Pero si tal determinación tiene lugar mediante el reconocimiento o mediante la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil conforme al artículo 120.1 y 120.2, el marido y el hijo podrán impugnarla conforme a los artículos 136 y 137, y si la maternidad estaba determinada mediante constancia en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo conforme al artículo 120.4 la mujer podrá impugnarla de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 (102). Vamos a analizar cada caso:

#### 9.2.6.1. La impugnación del reconocimiento

El reconocimiento de un hijo puede impugnarse por varias causas, pudiendo declararse inválido como consecuencia de dos tipos de causas: que el reconocido no sea hijo del reconocedor o que el reconocimiento padezca algún defecto que lo invalide. (103).

Sobre este supuesto, el profesor Albaladejo (104) afirma que no sólo puede invalidarse el reconocimiento por no ser el reconocido hijo del reconocedor; lo contrario equivaldría a tirar por tierra todo lo que la ley establece sobre los requisitos necesarios para el reconocimiento debe de reunir. Un reconocimiento que sea impugnado sólo alegando que el reconocido no es hijo del reconocedor, sería un reconocimiento al que la ley debería de haber exigido un único requisito: que se reconozca a quien sí

---

(102) Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, P. 643, "Obra citada".

(103) Albaladejo, Manuel, P. 261, "Obra citada".

(104) Albaladejo, Manuel, P. 261-262, "Obra citada".

es hijo. En consecuencia, afirma este autor, "...aparte de que el reconocido sea o no el hijo del reconocedor, el reconocimiento será inválido -aunque la ley no contenga un precepto especial que decrete la invalidez en el caso que sea- por defecto de forma; por falta de una verdadera declaración de paternidad o maternidad emitida por persona con la capacidad que la ley exige; por no reunir las aprobaciones, autorizaciones, etc, que la ley requiere para su validez; etc". Pero sigue diciendo el mismo autor que la invalidez del reconocimiento no impide que éste, aunque inválido como tal por defecto de forma otra causa, si, sin embargo, contiene realmente una declaración del interesado de ser su hijo el reconocido, y esta afirmación no resulta destruida en la impugnación, se permite, en el momento de proceder, alegar dicha afirmación para obtener una declaración judicial de filiación".

Sobre la impugnación del reconocimiento del hijo, el derecho reformado establece preceptos específicos únicamente en los artículos 138 y 141, respectivamente, como veremos a continuación.

Artículo 138: "Los reconocimientos que determinan conforme a la Ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atenderá a las normas contenidas en esta sección".

Artículo 141: "La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado.

La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año".

Conforme a los dos artículos mencionados, existen dos procedimientos de impugnación:

9.2.6.1.1. Del reconocimiento por vicio en el consentimiento del reconocedor

Los dos artículos citados se refieren tanto al caso del vicio existente en el reconocimiento que haya dado lugar a filiación matrimonial como al del reconocimiento viciado que haya dado lugar a filiación no matrimonial.

El derecho permite impugnar el reconocimiento de un hijo cuando se ha reconocido por error, violencia o intimidación. En el caso de que haya mediado violencia o intimidación, el reconocedor puede impugnar este reconocimiento sin tener en cuenta el hecho de que el hijo sea o no verdaderamente suyo. No se trata, pues, de demostrar que con violencia o intimidación se obligó a reconocer a un no hijo. Aunque se trate del hijo verdadero, el reconocedor puede impugnar demostrando que se ha reconocido intimidado o violentado (105), como por ejemplo; si el reconocedor reconoció un hijo ante las graves amenazas de los hermanos de la madre del hijo. Se podrá impugnar este reconocimiento sin tener en cuenta para nada la filiación del reconocido.

Sobre el supuesto de que haya existido reconocimiento por error, podemos referirnos al caso de quien haya reconocido a un hijo por creerlo hijo suyo, cuando verdaderamente no lo es. El reconocedor tiene que demostrar su error y también probar la no paternidad. Pero en lo tocante a la última prueba, el derecho no la exige en el caso de error en el reconocimiento. El error aquí no exige probar que no se es padre, sino que, se sea o no (materia en la que no se entra), se ha reconocido por haber sufrido un error que, según las reglas generales, deberá haber sido principal; es decir, de tal índole que si no lo hubiera sufrido, no habría tenido lugar el reconocimiento. Como, por ejemplo, si el reconocedor cree que la madre del reconocido no tenía más amante que él, cuando realmente tenía otra media docena. (106).

---

(105) Albaladejo, Manuel, Obra citada, P. 263.

(106) Ibidem.



El derecho permite impugnar el reconocimiento de un hijo por vicio de consentimiento sólo en el caso de que éste se haya realizado por error, violencia o intimidación. No se permite impugnar cuando el reconocimiento haya sido realizado mediante el fraude. Un destacado autor (107) cree que, como el fraude se fundamenta en engañar a otro para obtener de él lo que si no mediase tal engaño no haría, si se ha engañado para que reconozca, y se reconoce creyendo lo que no es (por ejemplo, el que reconoce al hijo porque la madre le engaña haciéndole creer que él fue su único amante), se puede afirmar que, el fraude por sí mismo, no permite impugnar el reconocimiento; pero si tal fraude indujo a quien reconoció a un error esencial, el reconocimiento podrá ser impugnado por error.

Plazo para impugnar el reconocimiento que haya realizado mediante vicio de consentimiento:

a) Para quien reconoce.

- Un año desde el reconocimiento.

- Un año desde que cesó el vicio del consentimiento, en el caso de que éste continuara después del reconocimiento; es decir, si el reconocedor no salió durante algún tiempo del error o todavía estaba intimidado después del reconocimiento. En este caso, el reconocedor habrá de demostrar hasta cuándo subsistió el vicio.

Si el reconocedor está vivo, la acción corresponde sólo a él, porque sólo él tiene interés directo.

b) Para los herederos del reconocedor, si éste hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo:

- Pueden impugnar el reconocimiento aunque el reconocedor no hubiera entablado la acción al morir.

- En el caso de que deba impugnarse dentro de un año desde que cesó el vicio del consentimiento, los herederos tendrán que

---

(107) Ibidem.

demostrar también hasta cuándo subsistió el vicio.

- Si el reconocedor murió subsistente el vicio (así, si murió sin salir de su error o cuando todavía se hallaba intimidado), el año se contará desde su muerte, y los herederos que impugnen habrán de demostrar que el vicio todavía subsistía después del reconocimiento. (108).

- Si la acción ya está interpuesta, los herederos podrán continuarla.

#### 9.2.6.1.2. Impugnación de la paternidad por otras causas.

La paternidad en este caso ha existido por el reconocimiento que determina la existencia de una filiación matrimonial. Aparte de que se permita impugnar el reconocimiento que haya sido realizado mediante vicio del consentimiento, como hemos dicho antes, el derecho permite también impugnar la paternidad por otras causas, consideradas como invalidantes del reconocimiento, que son las siguientes:

a) El reconocido no es hijo verdadero del reconocedor. En este caso, aunque el reconocimiento no se haya realizado con un vicio del consentimiento, no puede impedirse que la paternidad del marido sea impugnada, por falta de realidad biológica de la situación resultante. Naturalmente, el derecho tiene el propósito de que el padre verdadero reconozca a su hijo y este reconocimiento puede dar lugar a ambas filiaciones: matrimonial y no matrimonial. Por lo tanto, si el reconocido no es hijo del reconocedor, el reconocimiento es inválido y no resulta acorde con el propósito del derecho, motivo suficiente para que se permita la impugnación en este caso.

b) Puede impugnarse el reconocimiento sin entrar en la verdad o falsedad de la filiación, por causa de un defecto del reconocimiento; para ello habremos de atenernos a la disposición concreta del Código que sirva para el caso en cuestión; y si no la

---

(108) Ibidem.

hay, a las reglas generales sobre invalidez de actos jurídicos (109).

En lo relativo a la impugnación de la paternidad por otras causas, se rige este procedimiento por las normas generales de la impugnación de la paternidad marital, aunque esta remisión sólo se refiera a las personas que están legitimadas para realizarla y en cuanto a los plazos de ejercicio de esta acción.

Con respecto a todo lo expresado, estamos de acuerdo en que se permita impugnar el reconocimiento de un hijo por no ser el reconocido hijo del reconocedor. Por el contrario, no estamos conformes en que el derecho permita impugnar el reconocimiento realizado mediante violencia, intimidación o por el defecto del reconocimiento aunque el reconocido sea hijo del reconocedor; nuestra opinión es que el reconocimiento debe existir sólo entre el padre y el hijo verdadero. El padre tiene que responsabilizarse de su propio hijo, e incluso en el caso de que el reconocimiento haya sido realizado por un vicio del consentimiento o por el defecto del reconocimiento, sería mejor que no se permitiera impugnar. A nuestro modo de ver, aunque el derecho permita ejercitar la acción de reclamación de ambas filiaciones para que se declare que el hijo es del padre, si el reconocedor ha impugnado el reconocimiento y posteriormente el hijo ejercita la acción de reclamación para obtener una sentencia en la que se declare que él es hijo del reconocedor, nos encontraremos ante actuaciones posibles pero innecesarias, complicadas y que acarrearán muchos gastos inútiles. Por lo tanto, y para evitar dicho problema, pensamos que en el caso de ser reconocedor y reconocido padre e hijo verdaderos es preferible que no se permita impugnar el reconocimiento aunque éste haya sido realizado por violencia, intimidación o defecto del acto.

Sobre el supuesto de la impugnación del reconocimiento, vamos a examinar el derecho comparado.

---

(109) Albaladejo, Manuel, P. 262. "Obra citada".

El derecho tailandés establece una posibilidad de anular el reconocimiento del hijo en el artículo 1554 Cc., que afirma lo siguiente:

"Las personas interesadas pueden pedir al juez que se anule la inscripción del reconocimiento del hijo por razón de que el reconocedor no es padre del hijo. Pero tienen que hacerlo dentro de los tres meses siguientes al día del conocimiento de esta constancia en la inscripción; sin embargo, se prohíbe ejercitar esta acción después de transcurrir diez años desde el día del reconocimiento".

Conforme a este artículo, los requisitos esenciales de la anulación del reconocimiento del hijo del derecho tailandés son:

a) Hay que realizarlo a través del juez; es decir, será necesario pedir al juez que se anule la inscripción del reconocimiento, por tratarse de un asunto que afecta al estado civil de la persona. Si una persona ha reconocido legalmente a un hijo, no se puede anular este reconocimiento simplemente por alegar que el reconocido no es hijo; habrá de pedirse al juez que declare la anulación del reconocimiento, porque estando en juego el estado civil de la persona, si el derecho permitiese hacerlo sin solicitarlo ante el juez, afectaría a la condición de la familia, del hijo, incluso a la sociedad. Por supuesto, en el caso de que el padre haya reconocido tácitamente un hijo no matrimonial demostrando a la gente que es suyo, no se producen efectos legales; en consecuencia, en este caso, cualquier persona podrá alegar simplemente que el hijo no es suyo.

b) El reconocido no es hijo verdadero del reconocedor. Para reconocer registralmente al hijo, según las normas del derecho tailandés, el reconocedor ha de ser padre verdadero del hijo, conforme al artículo 1548 ap.1 (110). Si no lo es, el hijo o la

(110) Cc. Tailandés art. 1548 ap.1: El padre puede reconocer registralmente al hijo siempre que el niño o su madre no protesten alegando que el que pida reconocerlo no es padre. Si existe dicha protesta, el reconocimiento necesitará una sentencia firme.

madre podrán protestar la petición del reconocimiento, y esta protesta impedirá que el padre reconozca al hijo. Por tanto, el hecho de no ser hijo el reconocido es lo realmente importante para pedir al juez que se anule el reconocimiento.

Es posible que el reconocimiento haya sido realizado por no ser hijo el reconocido del reconocedor; los supuestos son:

(1) El reconocimiento ha sido realizado de acuerdo mutuo para obtener, ambos, reconocedor y reconocido, un beneficio.

(2) El reconocimiento ha sido realizado mediante fraude. Dicho fraude puede ser obra del reconocedor, del reconocido o de la madre con el fin de que el padre lo reconozca; (por ejemplo, el reconocedor ha engañado al niño y su madre haciéndoles creer que el niño es hijo suyo y los dos no han protestado el reconocimiento; o, por el contrario, la madre, ha engañado al reconocedor haciéndole creer que él fue el único que tenía relación sexual con ella para que creyera que el hijo era suyo.

(3) El reconocimiento ha sido realizado mediante violencia o intimidación:

- El reconocedor ha reconocido al hijo por amenazas de la madre u otra persona.

- El reconocedor ha amenazado a la madre y al niño para que no protesten el reconocimiento.

(4) El reconocimiento ha sido realizado por error; es decir, el reconocedor ha reconocido al hijo por creer que es hijo suyo, cuando realmente no lo es.

En los supuestos mencionados, el reconocimiento ha existido a pesar de no ser hijo el reconocido del reconocedor, y por tanto, se puede pedir al juez que se anule dicho reconocimiento.

Pero si el reconocedor y el reconocido son padre e hijo verdaderos, aunque el reconocimiento se haya realizado buscando cualquier tipo de beneficio o mediante fraude, violencia o intimidación, se considera que es válido, y nadie podrá pedir al juez que se anule. Sobre este supuesto, existe una sentencia firme

del Tribunal Supremo de Thailandia, número 729/1948 en que se daba solución al siguiente problema: La demandante alegó que el demandado había reconocido al hijo ilegalmente (la demandante era su abuela), pero aceptó que el niño era hijo verdadero de aquél. Se pidió al juez que se considerase si este reconocimiento era correcto legalmente o no.

El juez de Primera Instancia, estimó basándose en que la demandante había pedido que se declarase la ilegalidad de este reconocimiento, por alegar que éste era ilegal conforme al artículo 1548 del Código civil, opinó que en este artículo no se considera importante la existencia o inexistencia de aceptación de la condición de hijo. En este caso, el reconocimiento había sido realizado ya y la demandante pidió anularlo conforme al artículo 1554, pero este artículo permite a la persona interesada pedir anular sólo cuando el reconocedor no sea el padre del hijo, mientras que en el caso que nos ocupa la demandante aceptó que el reconocedor era el padre verdadero. Por tanto, la demandante tenía un interés legítimo, pero no un motivo que apoyara jurídicamente la petición de anular este reconocimiento; por eso, dado que no tenía derecho de demandar, no se planteaba siquiera la posibilidad de considerar si este reconocimiento era correcto legalmente o no. Por lo que se refiere a la petición para que la custodia del hijo se otorgara a la demandante, ésta no era tutora legal, y por tanto, no tenía derecho sobre el niño.

El Tribunal Supremo estableció que se podía pedir la anulación del reconocimiento sólo en el caso de que el reconocedor no fuera padre del hijo, conforme al artículo 1554, y estimó además que no existía ningún otro artículo que permitiera la anulación del reconocimiento.

c) Sobre esta materia, el derecho thailandés establece además en el artículo 1559 lo siguiente:

"Cuando se ha hecho constar en la inscripción de reconocimiento del hijo, no se puede, anularlo".

Esta regulación no tiene ningún conflicto con el artículo

1554. La expresión "no se puede anular" contenida en este artículo se refiere al caso de la prohibición de anular la inscripción ante el funcionario del Registro Civil. El derecho prohíbe así la anulación para proteger el estado civil y el beneficio del hijo, porque una vez que el reconocimiento ha sido realizado, si el derecho permitiera anularlo fácilmente, el estado del hijo se vería sometido a una gran inestabilidad, y tal situación no estaría acorde con el propósito del derecho de proteger al hijo. En este caso, ni el reconocedor, ni otra persona interesada, ni nadie, pueden anular la inscripción del reconocimiento; ni siquiera en el caso de que el reconocido no sea hijo verdadero.

Sin embargo, el derecho da oportunidad para pedir la anulación del reconocimiento ante el juez, para que sea correcto y perfecto legalmente el estado civil de la persona; lo que no ocurriría en el caso de no ser verdadera la relación paternofilial sobre la que se basa tal reconocimiento.

El derecho tiene el propósito de que el hijo obtenga la posición del hijo legítimo del padre verdadero, para que reciba el derecho y el beneficio de su padre, y por tanto no quiere exigir que dos personas que no sean padre e hijo, se vean obligadas a aceptar la relación legal de padre e hijo involuntariamente. Por eso, si el reconocimiento se ha realizado no siendo hijo el reconocido del reconocedor, se puede pedir al juez que se anule el reconocimiento. El derecho permite pedir la anulación ante el juez por considerarse que ambos puedan recibir un trato más justo que en el caso de que se pida anular ante el funcionario.

d) Sobre la persona que tenga el derecho de pedir al juez que se anule el reconocimiento, el derecho establece que sólo "las personas interesadas" pueden pedirlo, la palabra "personas interesadas" comprende a las personas siguientes: el niño, la madre, el reconocedor, los herederos del niño y los herederos del reconocedor.

e) El plazo para pedir anular el reconocimiento. El derecho permite ejercitarlo dentro de los tres meses siguientes al día

en que se tuvo noticia del reconocimiento y prohíbe hacerlo después de transcurrir diez años a partir de ese mismo día. Sobre este caso, pueden distinguirse varios supuestos:

(1) En el caso de que el reconocimiento haya sido realizado mediante error, fraude, violencia o intimidación, el plazo para otras personas interesadas, que no sean el reconocedor empieza a contar ¿desde cuándo? no parece que el derecho lo haya establecido.

Pensamos que no puede regir para este supuesto el plazo de tres meses siguientes al día en que se tuvo noticia del reconocimiento; porque aunque dicho reconocimiento sea conocido, si éste se ha realizado mediante los vicios mencionados y éstos persisten todavía después del reconocimiento nadie querrá utilizar su derecho para anular el reconocimiento. Si ha de ejercitarse la acción dentro de este plazo, caducará seguramente. Por eso, nuestra opinión es que el plazo empezará a contarse desde el momento que establece el derecho español (111); es decir, se conceden tres meses desde que cesó el vicio del consentimiento, comenzando el plazo a correr desde el conocimiento de la causa de error o fraude o desde la cesación de las amenazas; pero existirá un plazo máximo de diez años, en caso de que el vicio se prolongara por mucho tiempo, pasado el cual la acción caducará en todo caso.

(2) El plazo para el reconocedor.

Normalmente es el padre por sí mismo quien ha reconocido al hijo; por lo tanto, si él pide al juez que se anule el reconocimiento utilizando el plazo de tres meses a partir del momento en que supo de éste, estaremos ante un conflicto entre situación jurídica y realidad, debido a que el reconocedor conocía desde el principio el reconocimiento; por eso, no puede regirse dicha situación por el plazo de tres meses desde que se conozca del reconocimiento. Ello nos llevaría al absurdo de que el padre puede intentar la anulación del reconocimiento a los diez minutos

---

(111) Cc. Español art. 140.



de haber realizado éste.

Nuestra opinión es que el plazo empezará a transcurrir desde el día en que el reconocedor tenga noticia de que el hijo no sea verdaderamente suyo (en el caso de que el reconocimiento haya realizado por error o fraude) y desde el día de la cesación de la violencia o intimidación cuando el reconocimiento se ha realizado bajo la influencia de éstas. Por eso, el reconocedor puede pedir al juez que se anule el reconocimiento dentro de tres meses desde que supo que el hijo no es suyo o desde que cesó el vicio del consentimiento. Sin embargo, no puede ejercitar la acción después de transcurrir diez años desde el reconocimiento.

Sobre este supuesto, el Código civil alemán, en su parágrafo 1600 h (1), permite al reconocedor impugnar el reconocimiento dentro de un año; y de acuerdo con lo establecido en el artículo 1600 h (2), el plazo empezará a contar desde que tenga noticia el reconocedor de que el reconocido no es hijo suyo. (112).

f) El derecho tailandés utiliza la palabra "anular" el reconocimiento, no se utiliza el término "impugnar", como en el derecho español. Pero ambos producen el mismo efecto: si existe una declaración judicial que anule o impugne el reconocimiento, el hijo no será del reconocedor.

g) Algunos problemas sobre la anulación del reconocimiento en el derecho tailandés.

(1) ¿Se puede anular el reconocimiento después del fallecimiento del reconocedor?.

---

(112) Cc. Alemán parágrafo 1600 h (el plazo para impugnar el reconocimiento del reconocedor, los padres del reconocedor y la madre del hijo).

(1) El reconocedor...puede impugnar dentro de un año.

(2) Sólo para el reconocedor, el plazo empezará a contar desde que conozca la causa de impugnación del reconocimiento.

Sobre este caso, el derecho no establece nada, pero conforme al artículo 1554 podemos ver que el derecho permite a las personas interesadas pedir la anulación del reconocimiento del hijo, si éste no es hijo verdadero, dentro del plazo establecido, y no se dispone estrictamente que la persona que puede pedir dicha anulación, deba ser el reconocedor mismo; por lo tanto, si otra gente interesada en hacerlo, se podrá realizar sólo en el caso de que el reconocedor haya muerto. Por eso, todas las personas interesadas pueden pedir que se anule el reconocimiento en ambos casos: (es decir, tanto si el reconocedor está vivo como si está muerto), pero deberán hacerlo dentro de tres meses a partir del instante en que conocieron el reconocimiento y dentro de los diez años siguientes a éste, como máximo.

El derecho ha dado importancia al hecho de tener noticia del reconocimiento, y por eso, aunque la persona interesada se entere del reconocimiento después de haber fallecido el reconocedor, tendrá que ejercitar la acción dentro de tres meses a partir del conocimiento.

(2) ¿Se puede anular el reconocimiento después de haber fallecido el hijo?.

Tampoco el derecho establece nada, pero estimamos que incluso en el caso de que el reconocido haya fallecido después del reconocimiento, la persona interesada podrá ejercitar la acción para anularlo (igual que ocurre en el caso de la anulación posterior a la muerte del reconocedor, cuando el reconocido no es hijo). Por eso, nos parece que el derecho, con muy buen criterio, ha tenido en cuenta la importancia de la relación entre padre e hijo verdadero más que el beneficio del hijo porque se considera que la autenticidad de la relación es el principal derecho; por eso, si reconocido y reconocedor no son padre e hijo, se podrá anular el reconocimiento a pesar del fallecimiento del hijo.

#### 9.2.6.2. La impugnación de la maternidad

Cuando la maternidad estuviere determinada mediante constancia en la inscripción de nacimiento, practicada dentro de plazo

conforme al artículo 120.4, el hijo tendrá la condición de matrimonial desde la fecha del matrimonio; pero la madre podrá impugnar la maternidad conforme al artículo 139, que afirma:

"La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo".

Puede existir el supuesto de que el hijo no sea de la madre, aunque se trate de un supuesto poco probable. Sin embargo, puede darse -especialmente si el hijo ha nacido en un hospital o clínica- el caso de que el niño haya sido cambiado, bien por negligencia del personal hospitalario o bien intencionadamente, con cualquier fin ya sea perjudicial o beneficioso para el niño. (Por ejemplo, A una madre que es muy rica o muy famosa le cambian el hijo para que otro niño reciba el beneficio de la posición de ser hijo de ella). Sobre este supuesto, existe un caso en Inglaterra. (113)

Sobre la impugnación de la maternidad no se establecía nada en el derecho anterior, pero la legislación actual favorece más a la madre, al permitir a ésta impugnar la maternidad si el hijo no es suyo (aunque son muy pequeñas las probabilidades de que exista este caso, pues la maternidad y la identidad del hijo son susceptibles de prueba directa, no obstante, ya hemos visto que pueden existir). Si, creyendo la madre que el hijo es suyo, ha hecho constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil, y posteriormente llega a su conocimiento que el hijo no es suyo, podrá impugnar su maternidad con todas

---

(113) Slingsby V.A.-G. (1916), 33 I.L.R. 120 H.L.

Sobre este caso, la opinión corriente de la mayoría de la gente era que el niño, nacido de una concubina del Rey James II, había sido llevado a escondidas hasta la habitación de la Reina con el fin de introducirle en una marmitta, para que el puesto del heredero del trono no recayera en la hija del Rey James, por ser ella protestante.

las pruebas posibles, para justificar que no es cierta la identidad del hijo.

Algún sector de la doctrina (114) piensa que "admitiéndose como se admiten las pruebas biológicas, la no identidad del hijo puede acreditarse, no sólo demostrando por otros medios que el hijo de que se trata es otro distinto del que dió a luz la madre, sino también demostrando precisa y exclusivamente, mediante pruebas biológicas, que no puede ser hijo de ella".

La mujer puede impugnar la maternidad del hijo en cualquier tiempo, sin límite alguno.

Sobre la impugnación de la filiación, el derecho tailandés contempla sólo el caso de la impugnación de la paternidad (115); nada hay establecido sobre la impugnación de la maternidad, pues se considera que la existencia de la maternidad puede probarse mediante la relación entre la madre y el hijo. Además, en el artículo 1546 se dice: "El hijo nacido de la mujer que no está casada es considerado hijo legítimo de esta mujer". Conforme a este artículo, el derecho tailandés lo que considera no es la presunción de maternidad, sino el hecho de que el hijo es legítimo de la madre, de pleno derecho y desde el mismo momento del nacimiento. Y es hijo legítimo no sólo el que haya nacido de la mujer que no está casada, sino incluso el hijo nacido de la mujer casada, aunque su matrimonio sea inválido o nulo o anulado posteriormente. También en este caso, el hijo sigue siendo legítimo de la mujer. Por lo que se refiere a la posibilidad o imposibilidad de impugnar la maternidad, los juristas tailandeses se dividen, agrupándose en torno a dos opiniones distintas:

(1) Opinan que el derecho no establece sobre la impugnación de la maternidad, y por lo tanto, este caso está fuera de regulación; no se puede interpretar de manera que se permita impugnar

---

(114) Albaladejo, Manuel, Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia, 1982, P. 259 "Obra citada".

(115) Cc. Tailandés arts. 1539 y 1545.

la maternidad, porque esta interpretación perjudicaría al hijo. Normalmente el derecho busca favorecer al hijo, por eso, no puede utilizarse en manera alguna que pueda perjudicar al hijo.

(2) Opinan que se puede impugnar la maternidad cuando el hijo no es verdadero. La maternidad y la identidad del hijo se puede demostrar por la realidad, pero en algunas ocasiones, esta realidad no existe; por ejemplo: no se puede saber ciertamente si el hijo ha nacido de esta mujer, y en consecuencia, no se puede alegar que el hijo es de ella. Algunas veces es posible que se dé el caso de alegar que el hijo es de una mujer determinada: (por ejemplo: si una mujer es rica y otra persona ha hecho constar en la inscripción del nacimiento que el hijo es de ella, con el fin de favorecerle, ésta podrá impugnar su maternidad).

Personalmente estamos de acuerdo con la segunda opinión, pues nos parece acertado que la mujer pueda impugnar la maternidad si el hijo no es suyo, aunque el derecho no lo haya dispuesto.

Pero la mayoría de los juristas thailandeses opinan que en el caso de que se prohíba al padre impugnar la paternidad, si él por sí mismo ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo, o ha aceptado que se hiciera dicha acción conforme a lo dispuesto en el artículo 1541, se puede prohibir a la madre que impugne la maternidad cuando ella por sí misma ha hecho constar la inscripción del nacimiento del hijo, o ha aceptado que se hiciera dicha acción.

## **C O N C L U S I O N E S**

## C O N C L U S I O N E S

Como hemos podido comprobar en las páginas precedentes, la regulación, tanto en el derecho español de la familia como en el derecho comparado, al que nos hemos dedicado muy singularmente, ha cambiado mucho; en concreto, el sistema español se acaba de reformar y la nueva regulación del Código sólo ha tenido tres años de vigencia.

El derecho español ha cambiado mucho en cuestiones muy importantes y una de las novedades más destacadas, aunque quizás no sea la que ha tenido más eco social, es la que ha afectado a la materia de la filiación, a partir del principio de que el derecho considerará a todos los hijos iguales ante la ley, establecido en el artículo 39, ap. 2., de la Constitución española de 1978.

La nueva norma da la misma oportunidad a los padres y a los hijos que lo sean por naturaleza para que puedan adquirir la posición de padres e hijos legítimos, en el sentido de que el derecho reconozca su condición de tales, de acuerdo con la realidad natural, existiendo en todo caso una comprensible tendencia a proteger, lo más posible, el interés del hijo. Sin embargo, la nueva norma no supone mayores cargas y responsabilidades para los padres que las que podían tener antes, bien actuando como padres guiados por su instinto natural o bien cumpliendo las obligaciones que la ley les imponía por el hecho de su paternidad.

Aunque se tenga en cuenta el beneficio de ambas partes, en la relación padres-hijos, el derecho actual recoge también un principio fundamental, como es el poder modificarse la filiación legalmente determinada que no lo sea por sentencia firme, según los problemas que se planteen, procurando, en todo momento, conservar y defender los principios de justicia y humanidad.

Sobre la presunción de paternidad, el derecho anterior establecía una regla muy estricta y rígida; por eso, en algunos casos, la aplicación de la presunción resultaba conflictiva con la verdad natural. Pero el derecho actual recoge una presunción

más flexible, más fácil de aplicar para conseguir el efecto legal coincidente con la verdad natural. Así, antes no se presumía hijo del marido el nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, lo cual podía producir un efecto no deseado; el derecho actual ha modificado la situación y le presume hijo del marido desde la fecha de la celebración del matrimonio, aunque el marido puede destruir esta presunción, si el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días, mediante declaración auténtica. Así mismo, el sistema actual permite a los padres inscribir al hijo nacido después de los trescientos días a partir de la fecha de su separación matrimonial, como hijo matrimonial, si se da el consentimiento de ambos. Así, en fin, hoy día, el efecto legal es más fácil que coincida con la verdad natural, que en la regulación anterior.

El derecho actual ha suprimido la regulación de determinados supuestos; por ejemplo, el derecho anterior prohibía a la viuda contraer nuevo matrimonio antes de transcurrir los trescientos un días siguientes a la disolución del matrimonio, mientras que, el derecho actual no lo prohíbe, porque la nueva norma establece la presunción de paternidad de una forma más flexible y fiable, para probar y acreditar la filiación.

Por último, se ha suprimido una regulación de la presunción de la paternidad en el caso de que la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera. El derecho actual no la establece debido a que la presunción de paternidad citada no era sino una regulación confirmando la presunción de paternidad general; y, como hemos dicho, la nueva norma establece la presunción de paternidad de una forma más flexible, y por lo tanto, se puede aplicar en todos los casos.

Sin embargo, la presunción de paternidad no es absoluta si no está de acuerdo con la realidad natural; en este caso, el derecho permite impugnarla. El sistema anterior permitía sólo al marido y a sus herederos impugnar esta presunción, pero la norma actual se ha establecido buscando favorecer a todas las partes. Por eso, se permite también al hijo impugnar su legitimidad, e



incluso a la madre impugnar su maternidad. En cuanto a la impugnación del presunto padre, se prohíbe realizarla solamente en el caso de retractación de éste, porque el derecho quiere mantener por encima de todo el principio de la responsabilidad, y esto chocaría con la posición de un padre que, después de reconocer a su hijo, pretende destruir irresponsablemente un acto propio que ha producido ya derechos a favor de terceras personas.

Sin embargo, el derecho, aún, no ha establecido una presunción de paternidad que permita prevenir el hecho de que la ciencia progresa más deprisa que la realidad cotidiana y normal de las personas. Un ejemplo, al que hemos prestado especial atención en nuestra tesis: todavía no se regula nada sobre la presunción de paternidad respecto del supuesto del hijo nacido por inseminación artificial.

Sobre la extramatrimonialidad del hijo, si tenemos en cuenta que, anteriormente éste podía llegar a sufrir el efecto legal de no ser considerado hijo, o al menos no tenía los derechos que esta situación conlleva, si tenía la condición de no natural, actualmente, el Código Civil español ha desterrado el concepto de "hijo ilegítimo" y lo que esta situación encerraba. Todos los hijos serán hijos legítimos, hoy día, sea cual sea la condición legal de sus padres; es decir, estén o no estén casados. Esto que es ya una pieza básica del derecho español, en perfecta coincidencia con la opinión social que lo reclamaba, no es ni mucho menos tan obvio en el marco más amplio del derecho comparado bajo cuya perspectiva, en buena medida, se ha elaborado esta tesis.

La prueba de la filiación, actualmente, tal como se recoge en el Código Civil, es un medio que viene a demostrar que el derecho tiene en cuenta los principios y valores humanos, e intenta buscar la verdad natural mucho más que antes. Esto es así, porque el derecho actual admite la libre investigación y permite utilizar ampliamente todo tipo de pruebas. La aproximación del derecho a la realidad biológica ha dado así, en materia de filiación, un paso decisivo.

Sobre la inscripción en el Registro Civil, cuestión relacionada con este supuesto, el derecho actual tiende a que la constatación de la inscripción familiar produzca un efecto más contundente; por tanto, la inscripción del nacimiento, que antes se consideraba que sólo era un principio de prueba a aportar a la hora de determinar la filiación, actualmente es el medio formal de determinación de la filiación matrimonial, junto a la sentencia firme, cuando va unida a la inscripción del matrimonio de los padres, con lo que la inscripción del matrimonio adquiere así un cierto valor constitutivo respecto de la determinación legal de la filiación matrimonial. Se puede referir la inscripción del nacimiento frente a una tercera persona, directamente, sin necesidad de aportarla como prueba para obtener una sentencia firme, como sucedía antes; por eso, el sistema de acreditación de la inscripción familiar produce un efecto más constante, más seguro. Por sí sola la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de los padres constituye un medio legal de determinación de la filiación equiparable al representado por una sentencia firme, salvo en que la filiación determinada por la inscripción en el Registro es precisamente modificable en virtud de sentencia recaída en el procedimiento correspondiente, mientras que la filiación determinada por sentencia firme es, a todos los efectos, inatacable.

Una cuestión importante sobre la determinación de la filiación, que el derecho actual todavía no puede determinar, es la relación que se establece entre padres e hijos en el caso de que el hijo haya nacido por efecto de algún procedimiento científico-biológico, como la inseminación artificial o los supuestos de "niños probeta". En un tema tan sujeto a transformaciones y de tanta repercusión social, el derecho necesita considerar, observar, si la sociedad en general aceptará este supuesto o no; y, además, cuál será el sentimiento de las personas hacia estos métodos científicos, ya que, este problema está todavía en sus orígenes, y si el progreso de la ciencia se mantiene a esta velocidad, es posible que, en el futuro, el derecho deba tomarlo muy en cuenta para controlar y proteger estos supuestos más ampliamente de lo que nosotros pensamos.

Al menos, la regla de la consanguinidad sigue manteniendo su importancia fundamental en el sistema familiar, y así, aunque los biólogos y los médicos puedan controlar la actividad de los genes y los cromosomas, la procreación natural todavía es la cuestión más importante, que el derecho tiene que conformar como la regla principal para regular el sistema social y para que todas las personas vean protegido sus derechos fundamentales sin discriminación; es decir, que todos los hijos sean iguales ante la ley, comience su vida como comience, sean o no hijos de padres que estén casados, tal y como recoge claramente, sentando una regla fundamental, la constitución española de 1978 en su artículo 39, ap. 2: "Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad (...)" . Añadiéndose en el apartado 4 del mismo artículo que: "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Las normas constitucionales, por su misma naturaleza de textos básicos, no pueden ni deben descender hasta una regulación excesivamente concreta; por lo tanto, corresponde a la prestigiosa doctrina científica española ir preparando el camino para un futuro desarrollo de los principios reguladores del derecho de familia español, tarea en la cual están llamados a desempeñar un papel muy importante los Tribunales de Justicia. No dudamos que la acumulación de precedentes jurisprudenciales será de gran ayuda; el Tribunal Supremo, con el buen criterio que le caracteriza, sabrá seguramente interpretar el espíritu de la norma de la manera que resulte más favorable para los hijos. No olvidemos que la protección de éstos fue uno de los más importantes objetivos, felizmente conseguidos (al menos en el plazo legal) del legislador de 1981.

Comenzábamos esta tesis diciendo que el derecho de familia, y en especial la materia de filiación, era especialmente sensible a las variaciones culturales, políticas y sociales, por lo que seguramente es la rama del derecho que más ha cambiado a través

del tiempo y el más diverso en los distintos sistemas jurídicos contemplados en un mismo momento, a pesar de que la rapidez de las comunicaciones, también de la comunicación cultural, y la creciente interacción, interdependencia, e integración de todos los países apunte hacia una homogeneización de la comunidad internacional. Bajo ese punto de vista general hemos procurado llevar a cabo el estudio de las cuestiones a que hemos hecho referencia en el Código Civil español tras sus últimas reformas, porque a veces la comparación, tanto en el contraste como en la coincidencia, puede aportar alguna ley nueva sobre el propio sentido de la norma o el conjunto de normas que se consideran.

En estas últimas páginas sólo hemos querido pasar revista, por encima, a algunas de las cuestiones que han constituido el objeto de nuestra tesis. Si han tenido un tono que tal vez pueda parecer algo elemental, o superficial, al jurista español perfectamente identificado con su derecho y consciente del significado de las últimas reformas, ello se deberá a que ahora, al final, hemos querido tan sólo dejar constancia de esa impresión global que el estudio del Código Civil español vigente en la materia de filiación le ha dejado a quien viene de un sistema jurídico bien distinto, al que próximamente tendrá que integrarse de nuevo, y que, además, ha querido sacar provecho en lo posible de esa distancia a la hora de valorar y analizar la realidad del nuevo derecho español en cuanto a la determinación de la filiación matrimonial en el marco de otros derechos, a veces ligados a referencias culturales muy diversas.

## B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

ALBALADEJO, Manuel: "Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia", Librería Bosch, Barcelona, 1982.

AMOS and WALTON'S: "Introduction to French Law", 2 nd Edition, by F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, Clarendon Press, Oxford, 1963.

BLACKSTONE: "Commentaries on the Laws of England", 7 th Edition, 1765.

BOARDMAN: "New York Family Law", N° 116, Biskind Edition, 1906.

BRIAN, Grant H.: "Family Law", 3 rd Edition, London: Sweet and Maxwell Ltd, 1977.

BROMLEY, P.M.: "Family Law", 2 nd Edition, London, Butterworths, 1962.

"Family Law", 5 th Edition, London, Butterworths, 1976.

BURCH, Ernest S.: "Marriage and Divorce Among the North Alaskan Eskimos", "Divorce and After", Edited by Paul Bohannan, Anchor Books, Doubleday and Company, Inc., New York, 1971.

CALLAHAN, Parnell J.T.: "The Law of Separation and Divorce", New York: Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1967.

CLARK: Law of Domestic Relations, Sec.5.1, 1968.

COHEN, Ronald: "Brittle Marriage as a Stable System", "The Kanuri Case", Divorce and After, Edited by Paul Bohannan, Anchor Books, Doubleday and Company, Inc., New York, 1971.

CRETNEY, S.M.: "Principle of Family Law", London, Sweet and Maxwell, 1974.

CH AISAMUID, Yunyud: "Algunas opiniones sobre el feto quedado en el vientre de la madre", Revista jurídica llamada "Bot-bandit", libro 28, volumen 2, 1971.

DIEZ-PICAZO, Luis, GULLON, Antonio: "Sistema de Derecho Civil", vol. IV, "Derecho de Familia", 2ª edición, Editorial Tecnos, 1982.

ESPIN CANOVAS, Diego: "Manual de Derecho Civil Español", vol. IV, "Familia", Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª Edición, Madrid, 1975.

"Manual de Derecho Civil Español", vol. IV, "Familia", 6ª Edición, Adaptada a la Constitución y a las Leyes de Reforma del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

GLENDON: Harvard Law School, "The Legal Position of Children Born out of wedlock in the United States".

Interpretado por Vichitcholchai, Pornpate, Revista jurídica.

Facultad de Derecho, Universidad de Chulalongkorn, Bangkok, año II, libro 2, mayo de 1976.

HALSBURYS: "Laws of England", 3 rd Edition, vol. VII, London, 1954.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: "Derecho de Familia II", Librería Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 1975.

"Derecho de Familia", "Elementos de Derecho Civil, IV", Librería Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco, LUNA SE-

RRANO, Agustín, DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, RIVERO HERNANDEZ, Francisco: "El Nuevo Régimen de la Familia", Tomo II, "Filiación", Editorial Civitas S.A., 1ª Edición, Madrid, 1981.

LEE: "North Carolina Family Law", 3 rd Edition, 1963.

LEE, Robert E.: "The Changing American Law", Relating to Illegitimate Children, "The Child and the Law", vol. 4, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1976.

MANRESA Y NAVARRO, José María: "Comentarios al Código Civil Español", Tomo I, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1956.

METHAWIKUL, Rásada: Tesis, "Hijo no Matrimonial", Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok, Thailandia, 1979.

NAVEECHAREARN, Saad: "Descripción del Código Civil y Comercial", libro V, "La Familia", Imprenta de Karnpimp Thonburi, Thonburi, 1967.

NIYOMSAEN, Songkrant: "Medicina Legal", Imprenta de la Universidad de Thammasat, Bangkok, 8ª Edición, 1970.

PALSSON, Lennart: "Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws", Leiden: A.W. Sijthoff Co., 1974.

PLANIOL: Civil Law Treatise an English Translation by Loisiaana State Law Institue, II th Edition, 1938.

PRAMOCH, Semi: "Derecho de la Familia y Sucesión", 1965. "Conferencia sobre el tema del Derecho en la época de Ayutthaya", Realizada por la Comisión organizadora del festival para la conmemoración de Ayutthaya, 1967.



SASIVANIJ, Santad: Tesis "La Nulidad del Matrimonio", Facultad de Derecho de la Universidad Thammasat de Bangkok, Thailandia, 1980.

SATIERCOSES: "Las costumbre del matrimonio", Imprenta de la Asociación de Sociología de Thailandia, Bangkok, 1964.

SHEED, F.J.: "Nullity of Marriage", New Edition-Revised, and Enlarge, London: Sheed and Ward, Inc., 1959.

SIAN: "El Derecho del marido y la mujer", Imprenta Panichsupapol, Bangkok, 1913.

SPIRO, "Law of Parent and Child, 3 rd Edition, Juta and Co. Ltd., Capetown, 1971.

TOUR, Peter: Des Schweizerische Zivilgesetz-Buch, Polygraphischer Ver Lay AG Zurich, 1968.

\* \* \* \* \*

AMERICAN LAW REPORT, 3 rd Edition, 1968.

ARTIFICIAL INSEMINATION, A. Parvenu Intrudes on Ancient Law, 58 ya le Law Jaurnal, 1949.

BIRTHS and DEATHS REGISTRATION ACT, 1953.

"CAMBIO 16", Revista, 17 de enero de 1983, N° 581.

CIVIL EVIDENCE ACT, 1968.

CODIX JURIS CANONICI.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE CALIFORNIA, 1971.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GEORGIA, 1973.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE KANSAS, 1973.

CODIGO CIVIL DE ESPAÑA, Antología de Textos Legales; Editorial Nomos, Valencia, Edición del Texto y Antecedentes al Cuidado de Enrique Lalaguna Dominguez, 1981.

CODIGO CIVIL DE LAS FILIPINAS, (Republic Act 386 as Amended), Revised Edition, NBS Editorial Staff, 1980.

CODIGO CIVIL DE JAPON, Libro IV, (Ley Núm. 9 de 21 de junio de 1898), Eibun-Horei Sha, Inc., Tokyo, 1966.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE COREA, 1958. La Ley de la República de Corea, 3ª Edición desde enero de 1975.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE CHINA, Libro IV, 1930. Una Compilación de la Ley de la República de China, vol. I, 1971.

CODIGO CIVIL DE THAILANDIA, Gaceta Oficial, Libro 93, vol. 129, 1976.

CODIGO CIVIL ALEMAN.

CODIGO CIVIL FRANCES.

CODIGO CIVIL ITALIANO.

CODIGO CIVIL PORTUGUES.

CODIGO CIVIL SUIZO.

CODIGO PENAL DE ESPAÑA, Edición preparada por Luis Rodríguez Ramos, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1982.

CODIGO PENAL DE THAILANDIA, Coleccionado por Suchat Chivachat, 3 rd Edition, Imprenta Nitibannakarn, Bangkok, 1973.

"COLUMN NINE", Reportaje en el periódico "Bangkok Post", el sábado día 16 de febrero de 1980.

"DAILY TIMES", Periódico, Reportaje en Bangkok, Nº 4, Libro 1424 de julio de 1978.

EL CODIGO DE PRIMERA SOBERANIA, 1804, El Derecho de Tres Señales, Libro 2, "El Derecho del marido y la mujer", 2ª Edición, Organización Comercial de Asociación del Profesor. Suksaphanphanich, Bangkok, Thailandia, 1972.

EL DERECHO DE LANNA, Libro 3, Traducido por Sommay Premchitt (Facultad de Sociología y Antropología, Universidad de Chiangmai), Chiangmai, Thailandia, 1975.

EL REGISTRO DE CONCLUSIONES DE LA CONFERENCIA sobre "El Código Civil Thaiandés Reformado", en el tema "Padres e Hijos"; El periódico jurídico de la Facultad de Derecho, Universidad Chulalongkorn, "El Derecho de la Familia", 1977.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, Macropaedia, 15 th Edition, Chicago, Encyclopaedia Britannica Inc., 1979.

LA LEY DEL ESTADO DE CAROLINA DEL NORTE, Adición 1973.

LA LEY DEL ESTADO DE OCKLAHOMA, Adición 1973-1974.

LA LEY DE REGISTRO CIVIL DE THAILANDIA, 1935.

LEGITIMACY ACT OF 1926.

LEGITIMACY ACT OF 1959.

"MANRAYRACHASATR", Libro I, Traducido por Sommay Premchitt, (Facultad de Sociología y Antropología, Universidad de Chiangmai), Chiangmai, Thailandia, 1975.

NEW YORK ESTATES, POWERS AND TRUSTS LAW, Mckinney, 1967.

OFFENCES AGAINST THE PERSON ACT, 1861.

ORDEN DE LA INSCRIPCION FAMILIAR DE THAILANDIA, 1940.

"REGISTRO CIVIL", Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición, Edición:  
Departamento de Ediciones del BOE, Imprenta Nacional  
del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1983.